محمد مصطفى شلبي
أستاذ الشريعة في كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

أحكام الوصايا والأوقاف

بين الفقه والقانون

١٣٨٢ هـ — ١٩٦٣ م

مطبعة دار التأليف
٨ شارع يعقوب بالمالية بمصر تليفون ٢١٨٢٥١

محمد مصطفى شلبى
أستاذ الشريعة
كلية الحقوق — جامعة الإسكندرية



١٣٨١ - ١٩٦٢

مطبعة دار التأليف
٨ شارع شيخ يعقوب بالمالية بمصر تليفون ٢٤٨٢٥

بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك اللهم على نعمائك ، ونصلى ونسلم على جميع رسلك وأنبيائك ، ونسألك المزيد من الهداية والتوفيق « ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيء لنا من أمرنا رشداً » .

وبعد . فهـذا كتابنا فى « أحكام الوصايا والأوقاف » شرحنا فيه قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م ، والقوانين التى صدرت بشأن الأوقاف . ما تعلق منها بإنشاء الوقف على الخيرات ، وتنظيم مصارفه والولاية عليه ، واستبدال الأراضى الزراعية منه ، وما تعلق بإنهاء غير الخيرى منه وتصفيته ، وما تبع ذلك من طريقة قسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف ، وتسليمها إلى مستحقيها ، أو بيعها وتوزيع ما بقى من ثمنها عليهم .

شرحنا ذلك كله مع عرض آراء الفقهاء فى المسائل التى أخذت من أقوالهم ، والموازنة بينها ليتبين القارىء راجحها من مرجوحها ، وليقف على سند القانون منها .

ولم نأل جهداً فى توجيه النقد البرىء لما ظهر من مواطن الضعف فى التشريع ، وطالبنا فى غير موضع إعادة النظر لتعديل ما يحتاج إلى التعديل ، وإكمال النقص فيما هو فى حاجة إلى تـكميل .

فانقسم الـكتاب إلى قسمين .

القسم الأول : فى الوصايا ، والقسم الثانى : فى الأوقاف .

وها هو ذا نقدمه للراغبين فى الفقه والتشريع ليكون عوناً للطلاب فى استذكار دروسهم ، ومرجعاً سهلا لمن سواهم .

والله أسأل أن يجعله خالصاً لوجهه ، محققاً للغاية المقصودة منه إنه أكرم مسئول وهو نعم المولى ونعم النصير .

حدائق شبرا فى { رجب سنة ١٣٨١ / يناير سنة ١٩٦٢ }

المؤلف

القسم الأول

فى الوصـــايا

وقد رتبته على مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة :

أما المقدمة ففى كلمة تاريخية عن تشريع الوصية فى الإسلام ، والتعريف بقانونها رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م .

وأما الأبواب الثلاثة فأولها : فى إنشاء الوصية « تعريفها ، وركنها ، وبم تتحقق؟ وما شرطه القانون لسماع الدعوى بها ، ومركز القبول فيها وحقيقته ، ووقت ثبوت الملكية بها » .

وثانيها : فى بيان شروطها وأنواعها .

وثالثها : فى حكمها ومبطلاتها وما يتبع ذلك من الزيادة فى الموصى به .

وأما الخاتمة ففى تزاحم الوصايا .

المقدمة

بين الإنسان والمال صلة قديمة نشأت معه منذ وجوده . فهو يسعى جاهداً إلى تحقيقها بشتى الطرق والوسائل . . تطورت هذه الصلة مع الزمن حتى عرفت بالملكية حاولت الشرائع تنظيمها وتبيان أسبابها إلى أن جاء الإسلام فوضع لها نظاما شاملا ، أقر فيه أحسن ما قبله ورتبه ، ثم أكمل مابه من نقص ، فجعل لها أسبابا منشئة ، وأخرى ناقلة فى حياة الشخص وبعد وفاته ، وهذه الأسباب منها الاختيارى الذى يصدر عن إرادة ورغبة ، وغير الاختيارى الذى يثبت بأمر الشارع من غير أن يكون للشخص دخل فيه .

والوصية من أسباب نقل الملكية فى الإسلام . جاء نظامها مرتبطا بنظام المواريث فيه حيث إن كلا منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته . فكل منهما خلافة يخلف فيه الوارث مورثه فى تركته ، والموصى له الموصى فيما أوصى به ، وإن كانت أولاها إجبارية بحكم الشارع لادخل للمورث ولا للوارث فيها فتثبت جبراً عنهما ، والثانية اختيارية تثبت بإرادة الموصى ومشيئته إذا قبلها الموصى له .

ومن هنا قسم الشارع مال الشخص إلى قسمين . قسم تولى سبحانه تقسيمه بين مستحقيه وهو الميراث ، وقسم آخر وكله إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء بطريق الوصية ، وجعل تنفيذها مقدما على الميراث حتى لايطغى أحدهما على الآخر .

وفى هذين التشريعين راعى الشارع الحكيم جانب المالك وجانب ورثته فى وقت واحد . فلم يطلق له العنان كما كان فى الجاهلية ليعطى من يشاء ويحرم من يشاء حسب هواه ، كما لم يقيده ويحجر عليه فى تصرفاته فى اللحظات الأخيرة من عمره ، بل فتح

له بابا يتدارك به مافاته من فعل الخير فى حياته الأولى ، وليعوض من عاونه فى جمع ماله من غير قرابته .

ولقد جاء الإسلام والعرب يتوارثون ، ويوصى بعضهم إلى بعض ، ولكن على على طريقة مجافية للعدل ، بعيدة عن الإنصاف ، فالميراث ينزل حيث توجد القوة والشجاعة فى الأفراد ، فجعلوه للرجال المحاربين دون النساء والصغار ، والوصية تسير مع ماجبلوا عليه من الفخر والمباهاة ، فكان الرجل يوصى بكل ماله لمن لاتربطه به رابطة من قرابة أو نسب بينما يذر ذوى قرابته فى ساحـــــة العوز والفاقة عالة يتكففون الناس .

نظام فاسد لايتفق مع ناموس الحياة الصحيحة فكان لابد من تشريع نظام جديد يحقق العدالة ويتفق مع ماجاءت به هذه الشريعة من مبادىء سامية وأغراض نبيلة .

وكان من حكمة الشارع التى لازمته فى جميع تشريعاته أن يأخذهم بالموادة ، ويسير بهم فى طريق الإصلاح بخطوات وئيدة ثابتة حتى تزول من نفوسهم شوائب الماضى ورواسبه بالتدريج ، فأنزل أول ما أنزل قوله تعالى[1] « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » . ففى هذه الآية أوجب الوصية للوالدين والأقربين ، ولم يحدد مقدارها إلا أن تكون بالمعروف ، وفى آخرها يخبر أنه حق على المتقين ، ثم حذر من من تغيير الوصية بقوله « فمن بدله بعد ماسمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم . فمن خاف[2] من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله

(١) البقرة — ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ .

(٢) لما حذر من تبديل الوصية وتوعد عليه بالعقاب بين أن التبديل إذا كان =

غفور رحيم » : « خاف : علم-جنفاً . ميلا عن الحق » .

ومن هنا عرفوا أن للأقرباء حقا فى مالهم وكل تقديره إليهم حتى إذا ما ألفت نفوسهم هذا التشريع الجديد أنزل الله أحكام المواريث ، وتولى بنفسه تقسيم التركة فى آيات من سورة النساء بدأها بقوله :

« للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » (١) . وهـذا إجمال لم ينس معه الأقرباء غير الوارثين . بل حث على إعطائهم وتطييب خاطرهم بقوله « وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا » .

ثم بين الأنصباء بعد ذلك بقوله « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » إلى أن قال « من بعد وصية يوصى بها أو دين آباؤكم وأبناؤكم لاتدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما » .

وفى نهاية الآيات وعدهم بالنعيم على الطاعة . وحذرهم من المخالفة ، وتوعدهم عليها بقوله « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين »

= لمصلحة لا إثم عليه وذلك عندما يجد الشخص من الموصى ميلا عن الحق خطأ أو عمداً بأن يوصى للأجنبي وقريبه محتاج ، أو يوصى بأكثر من الثلث ، أو يوصى بطريق ملتوية لترجع الوصية إلى من لاتجوز له الوصية . كأن يوصى لابن ابنه لتعود إلى ابنه وهو وارث ، أو إلى زوج ابنته لتعود إلى ابنته كذلك . كما يذهب جمهور الفقهاء أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقى الورثة .

(١) سورة النساء آية ٧ وما بعدها .

وبعد أن حدد أنصباء الوارثين منع الوصية [١] لهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث » رواه الإمام أحمد والنسائى والترمذى وابن ماجه وصححه الترمذى ، ويميل الإمام الشافعى فى كتابه الأم إلى تواتره [٢] .

وفى رواية أخرى رواها الدارقطنى عن ابن عباس عن رسول الله « لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة [٣] » وبهذا ظلت الوصية مشروعة بجانب الميراث من غير أن يحدد لها مقدار خاص من المال ، بل كانت متروكة إلى للوصى نفسه يوصى بما يشاء ما دام فى دائرة المعروف . حتى كان ما رواه أصحاب السنن عن سعد ابن أبى وقاص قال : جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى عام حجة الوداع من وجع اشتد بى فقلت يا رسول الله : قد بلغ بى من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة [٤] أفأتصدق بثلثى مالى ؟ قال «لا» قلت: فبالشطر يارسول الله ؟

---

(١) وعلى هذا استقر رأى الفقهاء ولم يخالف فى ذلك إلا فقهاء الزيدية من الشيعة حيث أجازوا الوصية للوارث بدون توقف على إجازة باقى الورثة ، : وقالوا : إن المنسوخ فى آية البقرة هو وجوب الوصية ، ونسخ الوجوب لايستلزم نسخ الجواز وبهذا أخذ قانون الوصية فى المادة ٣٧ .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٣٤ ،

(٣) وفى الموطأ . قال يحيى سمعت مالكا يقول . السنة الثابتة عندنا التى لا اختلاف فيها أنه لا يجوز وصية لوارث إلا أن يجيز ذلك ورثة الميت وأنه إن أجاز له بعضهم وأبى بعضهم جاز له فى حق من أجاز منهم ، ومن أبى أخذ حقه من ذلك ـ المنتقى شرح الموطأ ج ٦ ص ١٧٩ .

(٤) يريد بذلك أنه لا يرثه من الأولاد إلا ابنة وإلا فهو من بنى زهرة وهم عصبته وقد كان ذلك قبل أن يولد له من الأولاد غيرها . ثم ولد له بعد ذلك من الذكور أربعة ومن البنات عدد كثير قيل ثنتا عشرة .

قال « لا » . قلت : فبالثلث ؟ . قال : « الثلث والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » [(١)] .

وفى حديث آخر أخرجه الدارقطنى بسند عن أبى الدرداء أن رسول الله قال : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم » .

وعلى هذا الوضع استقر أمر الوصية ، وتوفى رسول الله وهى مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله ، ثم أجمع العلماء على شرعيتها فى كل العصور لم يخالف أحد فى كونها مشروعة ، نقل ذلك الإجماع نقلا مستفيضاً حتى لا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه قديمها وحديثها من ذكره ، لكنهم اختلفوا فى صفتها . أهى واجبة كما كانت فى أول شرعيتها ، أم نسخ ذلك الوجوب وصارت مندوبة ؟

فذهب الجماهير من الفقهاء إلى أنها مندوبة ، ولا يجب على الإنسان أن يوصى بجزء من ماله لغيره ، لأن وجوبها نسخ بآيات المواريث ، وبقيت شرعيتها لا على وجه الوجوب إلا إذا كان الشخص مديناً بدين غير مكتوب ، أو عنده أمانة لم يؤدها إلى صاحبها . أو عليه حق شرعى مالى فيجب عليه أن يوصى بأداء هذا الحق ، لأن الوصية تعينت طريقاً لأدائه .

وذهبت طائفه من الفقهاء منهم داود الظاهرى ، وابن جرير الطبرى ، وجماعة

---

(١) راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٢ ، سبل السلام ج ٣ ص ١٣٧ ، المغنى لابن قدامة ج٦ ص ١ ، وقوله فى الحديث عالة أى فقراء جمع عائل وهو الفقير ، والفعل منه عال يعيل إذا افتقر « يتكففون الناس » أى يسألونهم بأكفهم . يقال تكفف الناس واستكف إذا بسط كفه للسؤال ، أو سال ما يكف عنه الجوع ، أو سأل كفافاً من طعام .

من التابعين كالضحاك وطاوس والحسن إلى أن الوجوب نسخ فى حق الوالدين والأقربين الوارثين ، ولم ينسخ فى حق من لا يرث منهم كأبوين لا يرثان لاختلاف الدين مثلا ، وقريب غير وارث أصلا ، أو محجوب بغيره فيجب على الشخص أن يوصى لهؤلاء . .

وذهب البعض إلى أن الوصية واجبة لبعض من لا يرث وليست واجبة لجميعهم .

وإلى هذا الرأى استند قانون الوصية فى تشريع الوصية الواجبة «وسيأتى بيانها» .

من هذا العرض الموجز يظهر لنا فى وضوح أن الوصية مشروعة بالقرآن والسنة والإجماع ، كما يظهر لنا الحكمة فى مشروعيتها . وهى حاجة الناس إليها ليتدارك بها الإنسان ما فاته فى حياته من واجبات ، وليكافىء من قدم له يد العون فى جمع ثروته وليصل بها رحمه وذوى قرباه ممن لا يكون لهم حظ من ماله بالميراث .

وفى هذا يقول بعض[1] فقهاء الحنفية « إن الوصية شرعت لحاجة الناس إليها لأن الإنسان مغرور بأمله ، مقصر فى عمله ، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافى ما فاته من التقصير بما له على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلى ، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه إلى حاجته ، فشرعها الشارع تمكيناً منه جل وعلا من العمل الصالح ، وقضاء لحاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح » .

وقول رسول الله لسعد « الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » يبين لنا بوضوح الحكمة فى تحديد مقدار الوصية بالثلث ، وعدم إطلاق يد للوصى فى كل المال .

---

(١) الزيلعى فى تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢ .

التعريف بقانون الوصية

هذا القانون كان نتيجة من نتائج استجابة أولى الأمر لشكايات الشاكين وصيحات الإصلاح التى ارتفعت فى أواخر القرن الماضى وأوائل هذا القرن .

فقد كان المطبق فى مصر عندما كانت ولاية تابعة للدولة العثمانية هو المذهب الحنفى واستمر العمل به كذلك حتى أنشئت المحاكم الأهلية عام ١٨٨٢ ووضعت لها القوانين واللوائح فاقتطعت أكبر جزء من المنازعات التى كان يفصل فيها بأحكام الفقه الإسلامى وأخضعت للقوانين الوضعية الأجنبية ، ولم يبق خاضعاً للتشريع الإسلامى إلا مسائل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، فاتجهت النية إلى تقنين هذه الأحوال ، ووجدت عدة محاولات لتقنينها تقنيناً كلياً كان من آخرها ما حدث فى سنة ١٩٣٦ حيث وافق مجلس الوزراء فى ٩ ديسمبر على تشكيل لجنة لوضع القانون الشامل لتلك الأحوال .

وفى أكتوبر سنة ١٩٣٨ تكونت من بين أعضاء هذه اللجنة لجنة تحضيرية مهمتها تحضير القوانين وصياغتها ، فأخرجت مشروعات قوانين ثلاثة . قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .غير أن اللجنة كانت مقيدة بالنسبة لقانون الوصية بأن تجعل أساسه كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا كما تقضى بذلك مذكرة وزارة العدل ، فعدلت ما احتاج منه إلى تعديل ، وأكملت ما فيه من نقص واقتصرت اللجنة فيه على أحكام التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت دون أحكام تصرفات المرضى الناجزة التى أعطيت حكم الوصية ، والتى تكفل القانون المدنى بالنص على حكمها فى مواده — ٩١٥ ، ٩١٦ ، ٩١٧ .

ثم أحال مشروع القانون ومذكرته التفسيرية أحكام المسائل التي لم ينص عليها فيه على الراجح من المذهب الحنفي .

وقد صدر هذا القانون في ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥هـ الموافق ٢٤ يونية سنة ١٩٤٦ على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، ولما نشر في أول يوليه سنة ١٩٤٦ بالعدد رقم ٦٥ أصبح تنفيذه واجباً من أول أغسطس من نفس السنة .

والقوانين حين صدورها لا تطبق إلا على الحوادث المستقبلة فلا يكون لها أثر رجعي إلا إذا نص فيها على ذلك كما هو صريح الدستور .

وهو من القوانين العامة التي تطبق على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين مقيمين في مصر أو في غيرها من البلدان ، عرضت منازعاته على محاكم مصرية أو غير مصرية كما تقضي بذلك المعاهدات وقواعد القانون الدولي الخاص .

وأما بالنسبة للأجانب المقيمين بمصر ولهم جنسيات غير مصرية فيطبق على وصاياهم قوانين بلد الموصي كما تنص المادة ٢٣ من لائحة التنظيم القضائي « اتفاقية منترو » ، والمادة — ١٧ — من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني الجديد حيث تقول :

(١) يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته .

(٢) ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

ولقد عرض هذا القانون للوصية بعد ذلك فى ثلاث مواد . — ٩١٥ ، ٩١٦ ، ٩١٧ وإليك نصوصها .

مادة ٩١٥

« تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها »

مادة ٩١٦

(١) كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

(٢) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .

(٣) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

مادة ٩١٧

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك .

وجاء بمذكرته التفسيرية بشأن الوصية ما يلى :

« لم يعرض التقنين الحالي « المدني القديم » للوصية إلا فى نص واحد

(م ٥٥(١)) أحال فيه على قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بأهلية الموصى وصيغة الوصية ، أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية .

وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هى التى تنطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين . إلخ

ثم إن هذا القانون جاء محققاً لرغبات طالما ترددت فى النفوس .

فمن الناس من كان يبغى إباحة الوصية للوارث قانوناً من غير توقف على إجازة الورثة كما تباح للأجنبى ، وقد كان المذهب الحنفى يمنع من ذلك حتى اضطروا إلى التحايل على الوصول لمأربهم بطريق البيع الصورى مما جعل رجال القانون ينادون بالبحث عن مخاص لذلك من أقوال الفقهاء أنفسهم .

فالدكتور السنهورى فى مقال له — بمجلة القانون والاقتصاد فى سنتها السادسة عام ١٩٣٦ — عن وجوب تنقيح القانون المدنى يطالب بالبحث فى الشريعة عن حكم يجيز الوصية للوارث ، لأن الناس إزاء منع الشريعة لهذه الوصية تحايلوا بشتى الطرق على تنفيذ رغباتهم بصورة عقد بيع مثلا وهو فى حقيقة الأمر وصية ، وأن المحاكم فى كل يوم تواجه أشكالا من هذه العقود التى تحف بها قرائن قاطعة تدل على أن أصحابها أرادوا بها الوصية لا البيع ، لجئوا إلى البيع لما ضاقت بهم أحكام الوصية ، وقد توجد لديهم أسباب قوية تدعوهم إلى إيثار بعض الورثه بشىء من أموالهم ، وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد ، فهى تارة تقرها

---

(١) ونصها « وكذلك تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى » .

على أساس أنها بيع صحيح إذا وجد ما يبررها من ظروف أسرة الموصى مكتفية بالشكل دون الموضوع ، وطوراً تبطلها باعتبار أنها وصايا صادرة لبعض الورثة .

وهذا مما يدعو إلى التفكير عند تقنين أحكام الوصية فى بحث أحكام الشريعة فى هذا الموضوع ، فهل يجد الباحث فيها شيئاً يعين على مجاراة مثل هذه الظروف العملية ، فتباح الوصية للوارث ولو فى حدود ضيقة :

وقد استجاب المشرع لهذا الرجاء فأباح الوصية للوارث وغير الوارث على السواء فى المادة — ٣٧ — استناداً لمذهب الشيعة الزيدية .

كما حقق رغبة أخرى وهى إنشاء وصية واجبة بحكم القانون تشبه الميراث إلى حد بعيد تكون عوضاً عنه وجعلها للحفدة الذين حرموا من الميراث بسبب وفاة أصولهم قبل صاحب التركة وهى مسألة طالما تطلع الناس إليها .

كما أجاز للشخص أن يوصى بتقسيم تركته على ورثته وتعيين نصيب كل واحد منهم بحيث تصبح لازمة بمجرد موته إذا لم ترد الأنصباء أو بعضها على نصيب أصحابها فإذا مات عرف كل وارث نصيبه دون أن ينازعه أحد فيه .

وغير ذلك كثير مما عدل القانون فيه عن مذهب الحنفية .

وها نحن الآن فى انتظار صدور التشريع الشامل لجميع أحكام الأحوال الشخصية

ينظم أحكام الأسرة من زواج وطلاق وما يتبعهما من نفقة وعدة وثبوت نسب ، وأحكام الأهلية وما يتفرع عنها من نيابة وولاية وقوامة ووصاية ، وأحكام الميراث والوصية .

قانون ينظم ذلك ويعالج المشكلات التى تثار من حين لآخر ، وهو أمر لا بد منه ليتم تقنين جميع الأحوال عينية وشخصية وبخاصة بعد توحيد القضاء وإحالة اختصاصات المحاكم الشرعية إلى المحاكم الوطنية .

الباب الأول

فى تكوين الوصية وإنشائها :

وفيه مباحث :

المبحث الأول
فى
التعريف بالوصية

الوصية فى اللغة تطلق على فعل الموصى ، وعلى ما يوصى به من مال أو تصرف .

وهى بالمعنى الأول مصدر أو اسم مصدر مأخوذ من وصيت الشىء بالشىء أصيه إذا وصلته به(١) . ومنه قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصيه اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم .. الآية(٢) »

وسمى فعل الشخص هذا وصية ، لأنه وصل به ما بعد موته بما كان فى حياته ولا فرق فى هذا المعنى بين أن يكون الفعل تبرعاً بمال أو عهداً إلى الغير بتصرف من التصرفات .

فمن يوصى لغيره بمال تبرعاً يكون قد وصل القربة الواقعة بعد الموت بالقربات

---

(١) جاء فى أساس البلاغة للزمخشرى فى مادة « و ص ى » وصى الشىء بالشىء وصله به ووصى النبت اتصل وكثر ، ووواصى البلد البلد واصله ، وأوصيت إلى زيد بكذا ولعمرو . ووصيت وهذا وصيى وهذه وصيتى ووصاتى .. ومن المجاز : أوصيك بتقوى الله « ووصى بها إبراهيم بنيه » ووصيتك بفلان أن تبره ، واستوص بفلان خيراً .

(٢) المائدة الآية : ١٠٦

المنجزة حال حياته ، وكذلك من يعهد بشئون أولاده إلى غيره بعد وفاته يكون قد وصل ما بعد الموت بما قبله فى نفوذ التصرف .

وهى بالمعنى الثانى اسم مفعول، ومنه قوله تعالى «من بعد وصية يوصى بها أو دين» .

ومن هذا ترى أن اللغة لا تفرق بين الوصية والإيصاء ، وأن مادة وصى تدل على الوصل والإيصال لا فرق بين الفعل المتعدى بنفسه أو باللام أو بإلى [١] .

والفقهاء يفرقون بينهما فيستعملون لفظ الوصية فى التصرف فى المال المضاف لما بعد الموت ، والإيصاء فى جعل الغير وصياً على أولاده بعد موته .

هذا ما عليه الجماهير منهم وإن كان بعضهم[٢] يسير بهما على نهج آخر فيجعل الوصية شاملة للايصاء .

ومن هنا جاءت تعريفاتهم لها مختلفة ، فمن يرى عمومها عرفها بما يشمل الإيصاء ومن يرى خصوصها عرفها بما يجعلها قاصرة على التصرف فى المال .

والتعريفات عند الفقهاء ضوابط للأحكام التى استنبطها أئمتهم ، فهى تختلف تبعاً لاختلاف الأحكام المقررة فى كل مذهب ، ومع ذلك فقد تأتى بعض التعريفات

---

(١) يقول ابن عابدين فى رد المحتار ج ٥ ص ٦٣٥ بعد أن حكى عبارات كتب اللغة « وبه ظهر أنه لا فرق فى اللغة بين المتعدى بنفسة أو باللام أو بإلى فى أن كلا منها يستعمل بمعنى جعلته وصياً ، وأن المتعدى بإلى يستعمل بمعنى تمليك المال ، وأن كلا من الوصية والإيصاء يأتى لها ؛ وأن التفرقة بين المتعدى باللام والمتعدى بإلى إصطلاحية شرعية » .

(٢) فالنفراوى فى شرح الرسالة ج٣ ص ٢ يقول « إن الوصية عند الفقهاء تتنوع إلى وصية نيابة عن الموصى كالإيصاء على الأطفال وعلى قبض الديون ، وتفرقة التركة والنوع الثانى أن يوصى بثلث ماله للفقراء أو يعتق عبده أو قضاء دينه ، وأما عند الفراض « علماء الفرائض » فهى قاصرة على النوع الثانى . . . وتعرف عند الفقهاء بأنها « عقد يوجب حقاً فى ثلث مال عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعد موته » .

معيبة من ناحية قصورها أو زيادتها قيوداً لا حاجة إليها ، ولذا كانت موضع جدل ونقاش كبير بين الفقهاء وعباراتهم فى تعريف الوصية كثيرة(١) ومنوعة . تختلف فى وضوحها وخفائها ، ووفائها وقصورها .

فبينما يعرفها أحدهم بأنها « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع » . إذ يعرفها آخر بأنها « ما أوجبه الموصى فى ماله بعد الموت » .

ويعرفها ثالث بقوله : « إنها هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به » .

ثم يجىء رابع ويعرفها بقوله : « إنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت» وهكذا إلى غير ذلك من التعريفات . .

ولكن قانون الوصية لم يرتض شيئاً من ذلك فعدل عن التعريفات الخاصة لقصورها وعدم شمولها لكل ما جاء به من أحكام ، كما عدل عن التعريفات العامة ، لأنه لم يرد بيان أحكام الإيصاء . وهو إقامة الغير بدله . لأن محلها قانون آخر وهو القانون الخاص بأحكام الولاية على المال .

ثم اختار تعريفاً آخر فيه من المرونة ما يجعله شاملا لكل أنواع الوصايا فعرفها فى مادته الأولى بأنها « تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت » .

---

(١) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٨٩ ، وشرح الرسالة للنفراوى ج ٣ ص ٢ من كتب المالكية ، ومن كتب الشافعية تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٢ ، ومن كتب الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١ ، ومن كتب الحنفية تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ١٨١ ، ورد المحتار لابن عابدين ج٥ ص ٦٣٥ ، ومن كتب فقه السنة نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٢٨ .

فهذا التعريف شامل لكل مسائل الوصية التى جاء بها القانون فيشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة والموصى له من أهل التملك . كالوصية للأشخاص المعينين بالاسم أو بالصفة أو لم يكن من أهل التملك كالوصية للجهات الخيرية مثل المساجد والمصحات وغيرها .

ويشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطاً فيه معنى التمليك كالوصية بالإبراء من الدين ، وما إذا كان الموصى به إسقاطاً محضاً كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة ، وما إذا كان الموصى به حقاً من الحقوق التى ليست مالا ولا منفعة ولا إسقاطاً ولكنه حق مالى لتعلقه بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال[1] ، والوصية بأن يباع ماله من فلان أو يؤجر له بأجر معين ، وغير ذلك كالوصية بتقسيم التركه أو تخصيص بعض الورثة بعين معينة منها .

وشمول هذا التعريف لكل هذه المسائل واضح لأنها كلها تصرفات فى التركه مضافة إلى ما بعد الموت : بعضها تمليكات ، وبعضها الآخر ليس بتمليكات .

ولا يضر هذا التعريف عدم شموله التبرعات المنجزة فى مرض الموت . لأنها وإن أخذت حكم الوصايا فى نهايتها من أنها تنفذ فى حدود ثلث التركة وما زاد يتوقف على إجازة الورثة إلا أنها تأخذ حكم الهبات فى إنشائها من أنه يشترط فى صحتها ما يشترط لصحة التبرعات من كون محلها معلوماً عند غير المالكية ، وأنه لا يصح تعليقها بالشرط ، كما يشترط فى ثبوت الملك بها القبض من المتملك ، فلو مات المتبرع قبل أن يقبضها المتبرع له كان الخيار للورثة إن شاءوا قبضوه

---

(١) والقانون وإن لم يصرح بهذه الوصايا الثلاث وهى الإبراء من الدين والإبراء من الكفالة ، وتأجيل الدين الحال إلا أنه يمكن اعتبارها من الوصية بالحقوق .

ونفذوا العقد ، وإن شاءوا منعوه بخلاف الوصية فى كل ذلك[١]

ولما كانت الوصية تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت اعتبر القانون المدنى الجديد كل تصرف لا تظهر فائدته الا بعد الموت تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت وأعطاه حكم الوصية ، وبين ذلك فى نوعين .

١ — كل عمل قانونى يصدر من الشخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع أيا كانت تسمية هذا التصرف .

٢ — تصرف الشخص لأحد ورثته بعين من الأعيان واحتفاظه بحيازة تلك العين بأى طريقة كانت ، و بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته .

فهذان النوعان يعتبران من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ويأخذان حكم الوصية ما لم يظهر بالدليل أنه قصد بهما غير ذلك .

---

(١) راجع البدائع ج ٧ ص ٣٣٣ ، وقد فصل ابن قدامة الحنبلى فى كتابه المغنى ج ٦ ص ٧٢ وما بعدها أوجه الشبه والمخالفة بينهذه التصرفات و بينالوصيةوتتلخص فى أنها تشبه الوصايا فى أنها تأخذ حكمها مننا حية نفاذها من الثلث،وتوقفها على إجازة الورثة فيما زاد ، وأنها إذا كانت لوارث توقفت على إجازةالورثة ، وأنها يزاحم بها الوصايا فى الثلث .

ويخالفها فى أن قبولها وردها يكون فى حياة المتبرع بخلاف الوصية فإنه لاعبرة بقبولها أو ردها فى حياة الموصى ، ويتفرع على ذلك أنها متى تمت فى حياته لا يملك الرجوع فيها بخلاف الوصية فإنه يملك الرجوع فيها ما دام حياً . وأنه إذا مات المتبرع قبل أن يقبض المتبرعله موضوع التبرع كانورثته بالخيار إنشاءوا نفذواوإن شاءوا منعوا بخلاف الوصية ، وأنه يشترط فى محلها أن يكون معلوماً بخلاف الوصية ، وأنه لا يصح تعليقها بالشرط إلا إذا كان عتقاً ، وأنه لا يثبت الملك فيها إلا بالقبض بخلاف الوصية .

والمراد بالتركة كل ما يخلفه الميت من أموال أعياناً كانت أو منافع أو حقوقاً مالية تنتقل بالإرث . فتشمل الأعيان المالية بجميع أنواعها سواء تعلق بهـا حق للغير كحق المرتهن أو حق الزوجة فى عين جعلت لها مهراً ومات الزوج قبل أن تقبضها أو لم يتعلق بها حق لأحد ، كما تشمل المنافع لأنها أموال على الرأى الراجح ، والحقوق المتعلقة بالمال مثل حق التعلى وحقوق الارتفاق وحق خيار العيب .

ويخرج عنها الحقوق التى لا تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث سواء كانت حقوقاً متعلقة بالمال كحق التصرف فى مال الغير بطريق الوكالة أو غير متعلقة به كحق الولاية على النفس وحق الحضانة وحق الوظيفة فإن شيئاً من ذلك لا يدخل فى التركة(١) ومن ثم لا يكون التصرف فيها المضاف إلى ما بعد الموت وصية .

---

(١) كلمة التركة مصدر بمعنى المفعول لأنها متروكة ، وهى فى اللغة ما يتركه الإنسان ويبقيه من أولاد وأموال وحقوق وآثار حسنة كانت أو سيئة .

وفى الإصطلاح الشرعى مختلف فيها على آراء ثلاثة :

الأول : أنها تطلق على كل ما يخلفه الميت من أموال . أعياناً كانت أو منافع أو حقوقاً مالية . سواء تعلق بأعيانها حقوق الغير أو لا ، كالعين التى رهنها المورث بدين عليه وسلمها للدائن قبل وفاته ، فإن حق المرتهن تعلق بتلك العين فى حالة حياة الراهن ، وكالعين التى جعلت مهراً للزوجة ولم تسلم إليها حتى مات الزوج . وكالعين التى اشتراها المورث قبل وفاته ولم يدفع ثمنها فحبسها البائع حتى يستوفى ثمنها فإن هذه الأعيان تعلق بها حق لغير الورثة .

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، وهو الذى سار عليه قانون الميراث حيث جاء فى مادته الرابعة « يؤدى من التركة « أولا » ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن « وثانياً » ديون الميت ، الخ .

فأطلق فى الديون فشملت ما تعلق بعين من الأعيان فى حياة المورث وما تعلق بذمته وتسمى الأولى بالديون العينية لأنها تعلقت بعين من أعيان التركة وتسمى الثانية

المبحث الثانى
فى
ركن الوصية

ركن الشىء ما يقوم به أو كما يقول الأصوليون . هو ما كان داخلا فى ماهية الشىء .

والوصية لا توجد ولا تتحقق إلا بوجود أمور أربعة . الموصى، والموصى به ، والصيغة المنشئة لها - وقد ثار خلاف بين الفقهاء فى كون هذه الأمور كلها أركاناً ،أو أن الركن هو الصيغة التى يوجد بها التصرف فى الخارج وما عداها لوازم؟

فغير الحنفية يقولون إن أركان الوصية هى الأربعة كلها[1] .

بديون شخصية لتعلقها بذمة المدين كالقرض مثلا . كما تسمى مرسلة لعدم تقيدها بعين بذاتها .

ومن هنا قالوا إن الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة ١ - حقوق عينية -٢- تجهيز الميت -٣- قضاء ديونه - ٤ - تنفيذ وصاياه - ٥- حق الورثة .

الثانى : أنها تطلق على ما يخلفه الميت من الأموال خالصاً من تعلق حق للغير بعين منها فلا يدخل فى التركة الأعيان التى تعلقت بها حقوق للغير كما مثلنا ، وعلى هذا تكون الحقوق المتعلقة بالتركة أربعة - تجهيز الميت ، وقضاء ديونه المرسلة ، وتنفيذ وصاياه، وحق الورثة . وهو المشهور عند الحنفية .

الثالث : إطلاقها على ما يبقى من الأموال المتروكة بعد التجهيز وتسديد الديون ، وهو الذى تنفذ فيه الوصايا ويستحقه الورثة . وهو منقول عن بعض فقهاء الحنفية .

(١) ففى بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨٨ : و الأركان أربعة : الموصى والموصى له والموصى به والوصية « أى الصيغة » ، وفى تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الشافعى : وأركانها موصى وموصى له وموصى به وصيغة ، ج ٧ ص ٤ .

والحنفية يذهبون إلى أن الركن هو الصيغة وحدها ، وهذا الخلاف لا ثمرة له حيث إنه خلاف فى التسمية يرجع إلى أمر اصطلاحى فقط .

وسنتكلم هنا على الصيغة باعتبارها الركن المتفق عليه .

والكلام يتطلب بيان أمرين — أحدهما : هل الصيغة هى الإيجاب وحده أو مجموع الإيجاب والقبول ؟ — وثانيهما : بم تتحقق الصيغة ؟ .

أما الأول : فقد اختلفت كلمة الفقهاء فيه ، فذهب الجماهير منهم إلى أن الصيغة تتحقق بالإيجاب وحده ، وهو كل لفظ دال على التمليك بعد الموت . سواء كان بلفظ الوصية صريحاً . كأوصيت لفلان بكذا ، أو هذا وصية لفلان ، أو كان بلفظ غير صريح يفهم منه الوصية بقرينة . كهذا هبة لفلان بعد موتى ، أو أعطوا فلاناً كذا بعد موتى ، أو ملكتك دارى هذه بعد وفاتى ، وما شاكل ذلك من الألفاظ أو ما يقوم مقامها ، فالوصية على هذا من التصرفات التى تنشأ بإرادة واحدة ، لأنها من عقود التبرعات التى توجد من جانب المتبرع وحده ، فإذا وجد الإيجاب من الموصى تعتبر الوصية موجودة شرعاً . .

وأما القبول عندهم فهو شرط لزومها ، أو شرط دخول المال الموصى به فى ملك الموصى له على خلاف سيأتى بيانه .

وذهب البعض إلى أن الصيغة لا توجد بالإيجاب وحده ، بل القبول جزء منها . فهو ركن كالإيجاب ، فقبل وجود القبول لا وجود للوصية كسائر العقود الأخرى ، ولعل هذا الفريق نظر إلى أن الوصية عقد يفيد الملك فيكون كسائر العقود الأخرى المفيدة له فى أنه لا بد فيها من الإيجاب والقبول .

والرأى الأول أوجه حيث إنه يسير مع قاعدة التبرعات التى يكفى فى وجودها

شرعاً ما يصدر من المتبرع وحده ، وليس بلازم أن يكون مايصدر من الطرف الثانى ركناً فى العقد ، بل يكفى أن يكون شرطاً لثبوت الملك له .

ثم ماذا يقول الذاهبون إلى ركنية القبول فى صور الوصية التى تتم وتلزم من غير قبول كالوصية لجهة من الجهات التى ليس لها من يمثلها شرعاً أو قانوناً ؟؟

أيقولون بركنية القبول فيها ، أم يقولون بانعدام الوصية لانعدام ركنها ؟

هذا والنقل فى كتب الحنفية مختلف عن الأئمة . فبينما نجد أغلب كتبهم وفى طليعتها كتاب المبسوط(١) ، تحكى أن القبول ليس بركن بل هو شرط للزوم العقد فقط إذ بنا نجد صاحب البدائع(٢) يحكى الأقوال على وجه آخر فيقول « وأما ركن

---

(١) جـ ٢٨ صـ ٤٧ ، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥ صـ ٦٣٨ .

(٢) جـ ٧ صـ ٣٣١ ومن تأمل كلامه فى الاستدلال يجده يدور حول ضرورة وجود القبول أو عدم ضرورته . فيقول فى استدلاله لزفر إن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث . وملك الوارث لايفتقر إلى قبوله وكذا ملك الموصى له وفى الاستدلال للرأى الآخر يقول : إن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدى إلى الإضرار به من وجهين . أحدهما أنه يلحقه ضرر المنة ، ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر هذه المنة ، والثانى أن الموصى به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى والزمن والمقعد . إلى أن قال : فلو لزمه الملك من غير قبوله لحقه الضرر من غير التزامه وإلزام من ليس له ولاية الالزام . إذ ليس للموصين ولاية إلزام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث . لأن اللزوم هناك بإلزام من له ولاية الالزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول .

هذا المسلك فى الاستدلال يفيد أن الخلاف فى كون القبول شرطا لثبوت الملك أو أنه ليس بشرط فيثبت الملك بمجرد موت الموصى من غير حاجة إلى القبول ، وهو خلاف سيأتى عند الكلام على القبول .

وقد كان من الممكن أن تقول إن كلمة الركن فى كلام صاحب البدائع ليست على =

الوصية فقد اختلف فيه فقال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله « الإمام وصاحباه » هو الإيجاب والقبول . الإيجاب من الموصى ، والقبول من الموصى له ، فما لم يوجدا جميعاً لا يتم الركن ، وإن شئت قلت : ركن الوصية الإيجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له وهو أن يقع اليأس عن رده ، وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر ، وقال زفر رحمه الله : الركن هو الإيجاب من الموصى فقط . ثم ساق الأدلة لكل من الرأيين ، وصنيعه فيها يدل على أنه اختار الرأى الأول .

وثمرة هذا الخلاف على اعتبار أنه خلاف حقيقى فى الركن — تظهر فى اشتراط موافقة القبول للايجاب وعدم اشتراط ذلك ، فمن جعل القبول ركناً شرط الموافقة بينهما ليتحقق الانعقاد والارتباط بين شطرى الصيغة ، ومن لم يجعله ركناً لم يشترط ذلك(١) .

حقيقتها بل أراد بها ما لا بد منه فى ثبوت الملك للموصى له سواء كان ركنا بالمعنى الاصطلاحى أو شرطا ، كان يمكن ذلك لولا كلامه الصريح فى بيان الشروط ، وهو أن الموافقة بين القبول والإيجاب شرط ليرتبطا فإذا لم توجد الموافقة يبقى الإيجاب بلا قبول فلا يتم الركن .

(١) وبهذا يظهر السر فى اختلاف صاحب المبسوط وصاحب البدائع فى هذا الأمر حيث قال صاحب المبسوط « ولو أوصى رجل لرجلين بثلث ماله فرد أحدهما الوصية بعد موته كان للآخر حصته من الوصية إذا قبل الخ » .

وقال صاحب البدائع « أما الذى يرجع إلى نفس الركن فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب . فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول لأنه إذا خالفه لم يرتبطا فبقى الإيجاب بلا قبول فلا يتم الركن الخ » .

وأنه اختلاف راجع إلى اختلافهما فى ركنية القبول ، وليس راجعاً إلى مجرد اختلاف المثال الذى مثل به كل منهما كما يقول الأستاذ أبو زهرة فى كتابه شرح قانون الوصية .

وقانون الوصية : سار على الرأى الأول فاعتبر الإيجاب وحده محققاً للوصية، فمادته الثانية تقول فى فقرتها الأولى « تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة . فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة » فهذا صريح فى أن الوصية توجد بما يصدر من الموصى وحده .

ولم يكتف بهذا بل بين مركز القبول فى مادته العشرين ونصها . .

« تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى . فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبى « المحكمة الحسبية » ويكون القبول من الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً . فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول » .

وهذا واضح فى أن القبول يأتى بعد وجود الوصية لأن اللزوم أمر زائد على أصل العقد ، ولو كان القبول ركناً فيها لما وجدت قبل وجوده فضلا عن لزومها فى بعض صورها بدونه .

وأما الأمر الثانى : وهو ما تتحقق به الصيغة ، فإنها تتحقق بواحد من أمور ثلاثة : العبارة والكتابة والإشارة .

ذلك لأن الصيغة هى المظهر الخارجى الذى يعبر عما فى النفس من رغبات فى إنشاء العقود والتصرفات ، وهى التى تناط بها الأحكام دون الإرادة الباطنة التى هى العزم والنية .

فكل ما يعبر عن الإرادة الباطنة تعبيراً صادقاً يصلح أن يكون صيغة للتصرف سواء كان كلاماً أو كتابة أو إشارة . غير أن الأصل فى التعبير عما فى النفوس هو الكلام لأنه الطريق الطبيعى للتفاهم بين الناس فى جميع الأحوال .

لذا صح إنشاء التصرف بكل كلام مفيد دال على مقصود المتصرف بأى لغة كانت عربية أو غير عربية ، فصيحة أو غير فصيحة ، حقيقة كان أو مجازاً متى كان مفهوماً واضح الدلالة .

وهذا من غير خلاف بين الفقهاء فتنشأ الوصية بكل عبارة دالة عليها سواء كانت بلفظ الوصية أو بغيره كما سبق .

كما يصح إنشاؤها بالكتابة من العاجز عن النطق بلا خلاف بين الفقهاء .

وأما القادر على النطق فيصح منه ذلك على خلاف بين المذاهب[١] فى إطلاق العمل بها أو تقييده . . ففى رأى تصح الوصية بالكتابة من غير تقييد بشىء ، فلو كتب الشخص وصيته ولم يره أحد ثم مات فإنه يقبل ما فيها إذا كان خطه مشهوراً ، وكذلك لو كتبها ودفعها للشهود من غير قراءة قائلا لهم اشهدوا على ما فيه وهو رواية عن أحمد ، وفى رأى آخر لا تقبل إلا إذا تأيدت بالإشهاد عليها ، إما بكتابتها أمام الشهود أو قراءتها عليهم ، أو أن يكتبها له غيره ويقرأها عليه ثم يوقعها بعد ذلك وهو ما ذهب إليه الجمهور ، وللحنفية تفصيل فى دلالة الكتابة على الإثبات يرجع إليه فى كتبهم[٢] .

---

(١) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٩ ، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥ ص ٧٢١ والمدونة الكبرى جـ ١٥ ص ١٣ .

(٢) ففى رد المحتار جـ ٥ ص ٧٢١ عند الكلام على إيماء الأخرس وكتابته ومعتقل اللسان يقول : ثم اعلم أن هذا فى كتابة غير مرسومة أى غير معتادة لما فى التبيين وغيره أن الكتاب على ثلاث مراتب . مستبين مرسوم وهو أن يكون معنونا أى مصدراً بالعنوان وهو أن يكتب فى صدره من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة ، فهذا كالنطق فلزم حجة ، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق =

وأما الإشارة فقد سوى[1] المالكية بينها وبين العبارة فصححوا الوصية بها من القادر على النطق والعاجز عنه على حد سواء . .

وأما غير المالكية فقبلوها من الأخرس ، وهو من ولد وبه هذه الآفة إذا كانت مفهومة ، وكان لا يعرف ، الكتابة بلا خلاف ، لأن المطلوب هو التعبير عن الإرادة ، والأخرس لا يستطيع التعبير بغيرها فتقبل منه .

فإذا كان يعرف الكتابة فالحنفية فى إحدى الروايتين عندهم لا يقبلون إشارته لأن الأصل فى التعبير أن يكون بالكلام، وعند العجز ينتقل الى وسيلة أخرى ، وعند اجتماع وسيلتين نقدم أقواها ، ولا شك فى أن الكتابة أقوى فى التعبير من الإشارة ، لأن الكتابة تعبير بالقلم فتنحل إلى ألفاظ عند قراءتها ، فهى فى قوة العبارة ، فلا يعدل عنها إلى ما هو أضعف منها.

وفى الرواية الأخرى يجوزون ذلك فيقبلون إشارته ، لأن كلا من الإشارة

= الأشجار لا على الوجه المعتاد فلا يكون حجة إلا بانضمام شىء آخر إليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها ، وبهذه الأشياء تتعين الجهة ، وقيل الإملاء بلا إشهاد لا يكون حجة ، والأول أظهر ـ وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شىء من الأحكام وإن نوى .. ثم قال وهذا كله فى الناطق فنى غيره بالأولى .

(١) جاء فى شرح الرسالة للنفراوى ج ٣ ص ٣ « والصيغة هى كل ما يفهم منه الوصية من لفظ أو إشارة ولو من قادر على الكلام أو خط » ـــ والقانون المدنى الجديد يوافق ما ذهب إليه المالكية فيقرر فى المادة ـ ٩٠ . « أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود .

والـكتابة معبر فيقبل منه أيهما متى كانت مفهومة معبرة عن إرادته الخفية .

وأما العاجز بسبب أمر طارىء من مرض أو غيره . وهو معتقل[١] اللسان فقد سوى بعض المذاهب بينه وبين الأخرس فى أنه تصح وصيته بالإشارة .

وخالف الحنفية فلم يصححوا وصيته بالإشارة إلا إذا امتدت[٢] عقلته فصارت له إشارة معلومة كالأخرس فتقبل منه ، وقيل لا تقبل إلا إذا صار ميئوساً من عودة النطق إليه ، وهذا لا يكون إلا بالموت . .

فإذا صدرت منه إشارة يفهم منها أنه أراد إنشاء وصية ثم زال المانع من عدم النطق فإن ما سبق منه لا اعتبار له . ويصير كأن لم يكن ، ويجب عليه إنشاء وصية جديدة بالـكلام إن أراد ، فإن لم يفعل فلا وصية ، وأما إذا مات وهو عاجز فإن وصيته فى هذه الحالة تعتبر صحيحة نافذة .

والقانون صحح إنشاء الوصية بالطرق الثلاثة إلا أنه جعل العبارة والـكتابة فى درجة واحدة ، والإشارة فى درجة تالية لهذه الدرجة ، وهى درجة العجز عن النطق والـكتابة معاً .

فمن يحسن الـكتابة يصح منه إنشاء الوصية بها سواء كان قادراً على النطق أو عاجزاً عنه . . جاء ذلك صريحاً فى الفقرة الأولى من المادة الثانية ونصها :

---

(١) معتقل بفتح القاف . يقال اعتقل بضم التاء إذا احتبس عن الـكلام ولم يقدر عليه — رد المحتار ج ٦ ص ٧٢١ .

(٢) قدرت مدة الامتداد فى المحيط بشهر ، وفى جامع الفصولين بستة أشهر وقدرها ثالث بسنة كما فى تكملة البحر ج ٨ ص ٥٤٤ ، وراجع فى ذلك تبيين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ٢١٨ . ورد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٤٥ .

« تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة » .

وليس بلازم فى الكتابة أن يكتب الشخص وصيته بيده ، بل يكفى أن يكتبها غيره فيقرأها ، أو يقرأها له غيره ثم يوقعها بإمضائه لأن هذا التوقيع فعل يدل على رضا بالمكتوب ، وهو كاف فى الإيجاب استناداً لمذهب الحنابلة .

والمراد بالعاجز من لا يستطيع النطق بسبب الخرس أو اعتقال لسانه ، أو مرض يجعله غير قادر على الكلام ، فهذا إذا لم يكن قادراً على الكتابة تنعقد وصيته بإشارته المفهمة لمراده ، لأن الإشارة فى حقه بمنزلة النطق فى حق غيره .

ولا يشترط فى الإشارة إلا أن تكون مفهومة ، فإذا لم تكن مفهومة كانت لغواً لا تنشىء وصية ولا غيرها .

وهذه الأحكام خليط من المذاهب المختلفة كما ترى :

فحكم وصية القادر على النطق ، وهو أنها لا تنعقد إلا بالعبارة أو الكتابة ولا تنعقد بالإشارة مأخوذ من مذهب الحنفية ، ومثله حكم وصية العاجز عن النطق فى عدم انعقادها بالإشارة إذا كان قادراً على الكتابة ، والتسوية بين الكتابة والعبارة مأخوذ من مذهب الحنابلة كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية ، وهو يوافق مذهب المالكية والحنفية فى جملته .

والتسوية بين الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذى لا يقدر على النطق مأخوذ من مذهب الشافعية على ما نقله الحنفية فى كتبهم عنهم .

ما شرطه القانون لسماع دعوى الوصية :

لم يأت قانون الوصية بشىء جديد — زيادة عما قرره الفقهاء — فى إنشاء الوصية ، فلم يشترط فى صحتها صدور إشهاد رسمى كما شرطه قانون الوقف فى إنشائه ، وإنما شرط

لسماع دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى عند الإنكار وجود أحد أمور ثلاثة تدل على صحة الدعوى ـ ١ ـ ورقة رسمية[1] ـ ٢ ـ ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ـ٣ـ ورقة الوصية أو الرجوع عنها بتوقيع الموصى المصدق عليه . .

هذا فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ م ، أما فى الحوادث الواقعة قبل ذلك فاكتفى فى سماع الدعوى فيها بوجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

جاء ذلك صريحاً فى الفقرة الثانية من المادة الثانية . ونصها :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها .

والحكمة فى هذا الاشتراط قطع الطريق على المزودين الذين يدعون وصايا لا وجود لها ويؤيدونها بشهادة مزورة ، وهذا الاشتراط وإن لم يكن له نظير فى كلام الفقهاء إلا أنه يدخل تحت قاعدة مقررة عندهم . هى تخصيص القضاء ، فاولى الأمر أن يمنع القاضى من سماع بعض الدعاوى . أو يخصصه بنظر نوع معين . .

---

(١) العقد الرسمى هو العقد الذى يعقد أمام موظف عمومى أعد لذلك يسمى الموثق . ويسمى ذلك العقد إشهاداً رسمياً كذلك .

ولقد كان المشرع فى مشروع قانون الوصية فى الفقرة السابقة ، ومذكرتها التفسيرية يرى أن تكون الوصية كالعقود الرسمية ، كالوقف والهبة لا تكون صحيحة إلا إذا صدر بها إشهاد رسمى « عقد رسمى » أو تكون مكتوبة كلها بخط الموصى وموقعاً عليها بإمضائه ، أو يحرر بها عقد عرفى يصدق فيه على إمضاء الموصى أو ختمه فإذا لم تكن على هذا الوجه كانت باطلة .

ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ عدلت هذه الفقرة على الوجه السابق مكتفية بما كان موجوداً فى المادة — ٩٨ [١] — من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ مع إضافة حالة التصديق الرسمى على توقيع الموصى على ورقة الوصية . .

والسبب فى هذا العدول — كما جاء فى تقرير اللجنة — أن الوصية تختلف بطبيعتها عن العقود الأخرى المشترط فيها الرسمية ، فقد تكون فى وقت اشتداد المرض ، أو فى ظروف حرجة يجب التيسير فيها .

والقانون وإن عدل عن اشتراط صدور إشهاد رسمى فى إثبات صحة الوصية

---

(١) ونصها « لاتسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحدٍ منها وكذا الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا وجــدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها أمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر » ويلاحظ أن هذه المادة لم تلغ بالقانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية .

إلا أن ملكية الموصى به إذا كان عقاراً لا تثبت للموصى له إلا بعد تسجيل الوصية ، لأن القانون المنظم للشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذى نفذ من أول يناير سنة ١٢٤٧ ينص فى مادته التاسعة على أن الوصية لا تنتقل بها الملكية فى العقار بعد ذلك التاريخ إلا بعد تسجيل ذلك النقل .

ومما ينبغى ملاحظته هنا :

أن المادة فى عرضها للأمور الثلاثة التى تدل على صحة الدعوى لم تكن على نسق واحد ، ففى الأمر الثالث صرحت بأن الورقة العرفية هى ورقة الوصية ، وفى الأمرين الأول والثانى لم تصرح بذلك ، بل أطلقت فيهما « أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه » فهل التقييد ملاحظة فيهما اعتماداً على التقييد فى الحالة الثالثة . بمعنى أن يكون المراد بالورقة الرسمية أو المكتوبة بخط المتوفى ورقة الوصية نفسها ، أو أنه غير ملاحظ ، فلا يلزم أن تكون كل منهما هى ورقة الوصية ، ما هو أعم من ذلك فيشمل ورقة الوصية المثبتة وكل ورقة أخرى تدل على الوصية بطريق التضمن أو الإشارة .

الظاهر أن مراد المشرع هو الإطلاق ، لأن هذه الأوراق مسوغ لسماع دعوى الوصية عند إنكارها لا لإثبات الوصية وإذ سمعت الدعوى كان على مدعيها أن يثبتها بكافة طرق الإثبات . . ولو كان المشرع يقصد دلالة تلك الأوراق على إثبات الوصية بمعنى أنها لا تسمع دعواها إلا إذا كانت ثابتة بورقة من هذه الأوراق لأتى بعبـــــارة تدل على ذلك — وما أسهلها عليه — كأن يقول « لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه الخ . . . لكنه أطلق تبعاً للاطلاق

فى المادة ٩٨ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المأخوذ منها هذا الحكم وهى مطلقة هناك (١) .

---

(١) يدلنا على ذلك أن القانون المشار إلية بينما أطلق فى سماع دعوى الوصية قيد فى سماع دعوى الزوجية والوقف . . فالمادة — ٩٩ — منه الخاصة بسماع دعوى الزوجية تصرح بأنه لا تسمع دعوى الزوجية عند الإنكار فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ إذا كانت ثابته بأوراق رسمية ، أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ، وفى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية . .

والمادة — ١٣٧ — منه الخاصة بسماع دعوى الوقت تقول « يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقت أو الإقرار به أو استبداله أو الإدخال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه إلا إذا وجد بذلك إشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى الخ ولقد وجدنا المشرع فى قوانين أخرى حينما يريد أن تكون الورقة الرسمية أو المكتوبة مقيدة يصرح بذلك ..

فى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال تقرر مادته السابعة والعشرون فى إحدى فقراتها بأنه « لا يجوز أن يعين وصياً من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه و موقعة بإمضائه . .

ومادته الثامنة والعشرون — بعد أن يثبت أن للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن تصرح بأنه « يشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه . .

ومن هذا يتبين لنا أن أسلوب المشرع يأتى مطلقاً فى بعض المواضع ومقيداً فى بعضها الآخر ، وأن كلا من الإطلاق والتقييد مراد له فى محله فيعمل به كما ورد . وللمحكمة العليا الشرعيه حكم فى ذلك فى قضية استئناف رقم ١١٤ — ٤٥ — ١٩٤٦ بتاريخ ١٢ جمادى الأولى سنة ١٣٦٧ - ٢٣ مارس سنه ١٩٤٨ .

وعلى هذا إذا وجد عقد بيع رسمى فيه إشارة إلى الوصية كان ذلك مسوغا لسماع الدعوى بها . لأنه ورقة رسمية ، ومثله فى ذلك محضر تحقيق للنيابة أو للشرطة فيه ذكر للوصية وكذلك محضر التصديق على التوقيع . ولو وجد خطاب بخط الموصى موقع عليه بإمضاء موضوعه شىء آخر غير الوصية ، وفيه إشارة إلى الوصية أو أتى بها ضمناً كان ذلك أيضاً مسوغا لسماعها ، وعلى المدعى أن يثبت دعواه بأى دليل آخر . .

المبحث الثالث
فى
قبول الوصية وردها ووقت ثبوت الملكية بها

قدمنا أن ركن الوصية هو الإيجاب وحده ، وأنه يتحقق بواحد من أمور ثلاثة : العبارة والكتابة والإشارة ، وأن القبول ليس ركناً ، بل هو شرط للزوم الوصية ، أو لدخول الموصى به فى ملك الموصى له . .

وقد بين القانون أحكام القبول والرد فى ست مواد من المادة العشرين إلى الخامسة والعشرين . .

والكلام هنا يحتاج إلى بيان أمور: سبب جعله شرطاً ، والوقت الذى يعتبر فيه القبول والرد ، ومراد الفقهاء منه ، ومن الذى يملكه ، والوقت الذى يثبت فيه الملك للموصى له بعد قبوله ..

أما اشتراط القبول فهو قول جماهير الفقهاء لم يخالف فى ذلك — فيما نعلم — إلا زفر من الحنفية [1] فى إحدى الروايتين عنه ، وفيها يقول : إن الملك

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٢٧ .

يثبت بموت الموصى، ولا يتوقف على القبول من الموصى له، كما وأنه لا يملك رد الوصية وعلل ذلك . بأن الوصية خلافة كالميراث . فكما أن الوارث يخلف المورث فى تركته ويثبت ملكه من غير قبول فكذلك الوصية يخلف فيها الموصى له الموصى فيما أوصى به بمجرد موته من غير حاجة إلى قبول .

أما القول الأول فيثبت من وجهين .

الأول : أن الملك فى الوصية يثبت للموصى له باختيار الموصى ابتداء بعقد الوصية فيتوقف على القبول من الموصى له كسائر عقود التمليكات . بدليل أن الموصى كان يملك منع الملك بالرجوع عن الوصية قبل الموت ، وانعدام ولاية الموصى على من أوصى له ، والخلافة صوريه فقط . بخلاف الملك بالميراث فإنه يثبت جبراً بدون اختيار المورث والوارث ، لأنه خلافة حقيقية بجعل الشارع لما له من ولاية الإلزام العامة ، والمورث ما كان يملك منع هذا الملك قبل موته ، وكذلك الوارث لا يملك رده وإسقاطه(١) ، فقياس الوصيه على الميراث قياس مع الفارق .

الثانى : أن التمليك فى بعض صور الوصية لا يخلو من ضرر . كما إذا كانت الوصيه شىء نفقاته أكثر من منفعته كحيوان مريض مثلا ، فلابد من أن يمكن الموصى له من دفع هذا الضرر بإعطائه حق الرد . كما وأن ضرر المنة ثابت فى أغلب صورها ، أو على الأقل محتمل ، وكثير من الناس يفضل العيش كفافاً على أن يعيش فى سعة يتبعها أذى المنة .

---

(١) يوضح هذا الفرق أن ملك الوارث امتداد لملك المورث فيملك الرد بالعيب ويصير مغروراً فيما اشتراه المورث قبل موته . بخلاف للموصى له فإنه لا يثبت له شىء من ذلك . .

وبهذا الرأى أخذ القانون فى مادته العشرين[١] .

ومما تجب ملاحظته هنا أن هذا الشرط ليس لازماً فى جميع صور الوصية بل فى بعضها فقط ، وهى التى يتصور فيها القبول من الموصى له بنفسه أو ممن يقوم مقامه من ولى أو وصى أو قيم ، وما عدا ذلك تلزم الوصية بدون قبول « وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام على من له حق القبول » .

والسبب فى هذه التفرقة أن الوصية لها شبهان . شبه بالهبة فى أنها تبرع وتمليك من غير عوض باختيار المتبرع ، وشبه بالميراث فى أنها تمليك بعد الموت ، فالشبه الأول يشترط فيها القبول ، والشبه الثانى لا يشترط . لأنه ملك جبرى . فلهذا أخذت حكما وسطاً بين الأمرين ، فاشترط فيها القبول متى كان ممكناً . فإذا تعذر انتفت شرطيته ولزمت الوصية بدونه[٢] .

وقت القبول والرد

أما وقت القبول والرد فبعد وفاة الموصى ، ولا عبرة بما يقع منهما فى حياته . لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فآثاره لا تترتب عليه إلا بعد مجىء وقته ، فإذا قبلها فى حياته فلا بد لثبوت ملكه أن يقبلها بعد وفاته ، وكذلك إذا ردها حال حياة الموصى كان له حق القبول بعد وفاته .

---

(١) ونصها « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبى .

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول .

(٢) راجع تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٦ ص ١٨٦ عند الكلام على الوصية للحمل.

ولم يخالف فى ذلك إلا زفر[١] من الحنفية فإنه يرى أن الرد من الموصى له معتبر فى حياة الموصى بمعنى أنه لا يصح منه قبول بعد وفاة الموصى إذا ما سبقه رد لها فى حياته ، لأنه برده أبطل الصيغة المنشئة للوصية ، وإذا بطل السبب لم يجد القبول شيئاً يقع عليه .

الفورية والتراخى فى القبول :

وإذا كان القبول شرطاً ، وأن وقته بعد وفاة الموصى . فهل لهذا القبول وقت يتقيد به بحيث إذا فات ذلك الوقت يعتبر الموصى له راداً للوصية ؟

لم يحدد الفقهاء وقتاً للقبول إلا أنه بعد الوفاة[٢] ، بل كلامهم صريح فى أنه يصح منه القبول أو الرد فى أى وقت شاء ، وعلى هذا يكون ثابتاً على التراخى لأن الوصية ليست من العقود الناجزة التى يشترط فيها القبول فور الإيجاب أو فى مجلس العقد .

وثبوت الحق على هذه الصورة قد ينشأ عنه أضرار حيث يبقى الملك فى الموصى به معلقاً غير مستقر لاحتمال أن يكون للموصى له إن قبل الوصية ، أو للورثة إن ردها ، وقد يكون المال نفسه فى حاجة إلى نفقات لحفظه وصيانته ، أو لبقاء حياته كما لو كانت الوصية بحيوان مثلا ، ومع عدم استقرار الملك لا يعنى به أحد من الطرفين .

ومع أنه لم يوجد فى كلام الفقهاء تحديد لمدة[٣] معينة إلا أنه وجد فى مذهب

(١) المرجع السابق ص ١٨٤ .

(٢) يقول ابن قدامة فى المغنى ج ٦ ص ٢٥ « ويجوز القبول على الفور والتراخى ولا يكون إلا بعد موت الموصى لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق .

(٣) والسبب فى ترك الفقهاء لهذا التحديد أن الغالب فى الموصى لهم المبادرة إلى قبول الوصية لأنها منفعة ، وفى النادر أن يتراخى الموصى له عن القبول متى علم ، على أنه لم يقع فى زمنهم ، ولو وقع لبينوا حكمه ، وما فى المذهبين الشافعى والحنبلى من تحديد جاء افتراضاً لهذا التأخير .

الشافعي[١] وأحمد ما يسد هذه الثغرة ، وهو أن الموصى له إذا سكت فلم يقبل الوصية أو يردها كان لورثة الموصى أن يرفعوا الأمر للقاضي ليطالبه بتحديد موقفه من القبول أو الرد ، فإن امتنع عن إبداء رأيه اعتبر رداً للوصية وحكم عليه بالرد .

وعلى هذا الرأى استند القانون فجعل للوارث أو لمن له تنفيذ[٢] الوصية الحق فى إعلان للموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية ويطلب منه إظهار قبوله أو رده ، فإذا فعل ذلك ومضى على علمه بهذا ثلاثون يوماً كاملة غير المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرفض كتابة بدون عذر مقبول عد ذلك رفضاً للوصية كما جاء بالمادة الثانية والعشرين[٣] .

قبول البعض ورد البعض :

قبول الوصية وردها كما يكون فى كل الموصى به يكون فى بعضه ، لأن مطابقة القبول للإيجاب ليست شرطاً فى لزوم الوصية على الراجح عند الحنفية ـ كما سبق بيانه ـ ولأن اشتراط القبول لما كان لأجل مصلحة الموصى له . فقد يرى أن مصلحته

---

(١) كما جاء فى المذكرة التفسيرية . وفى حاشية الشيخ عبد الحميد الشروانى على تحفة المحتاج ج ٧ ص ٢١ « والراجح أنه إذا امتنع من القبول والرد خيره الحاكم بينهما فإن أبى حكم عليه بإبطال الوصية .

(٢) المراد بمن له تنفيذ الوصية هو الوصى المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك « مادة ـ ٣٠ ـ الفقرة الثانية » .

(٣) ونصها « لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت . ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية . وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول » .

فى قبول البعض ورد البعض الآخر ، فإذا فعل ذلك نفذت الوصية فيا قبله ، وبطلت فيا رده .

وإذا تعدد الموصى لهم فقبل البعض ورد البعض لزمت الوصية فى حق من قبل . وبطلت فى حق من رد ، لأن كل واحد أدرى بمصلحته فيقبل أو يرد حسبا يجد منفعته جاء ذلك بالمادة الثالثة والعشرين[1] .

حقيقة القبول المطلوب

عرفنا فيا سبق أن الفقهاء تكاد تجمع كلمتهم على أن قبول الموصى له شرط للزوم الوصية فى جانبه ، أو لدخول الموصى به فى ملكه ، ومع هذا الاتفاق اختلفوا فى حقيقة ذلك القبول على رأيين .

أحدهما — وهو ما ذهب إليه الحنفية — يوسع دائرته فيجعله عدم الرد أعم من أن يكون عملا إيجابياً . سواء أكان قولا كقبلت الوصية ، أم فعلا يدل على الرضا كالتصرف فى الموصى به بما يتصرف به فى المال المملوك من بيع أو هبة أو غيرها ، أو عملا سلبياً ، كسكوت الموصى له وعدم رده .

وإنما اكتفوا بهذا القدر لأن القبول مشروط لدفع ضرر المنة وما يحتمل حدوثه من مؤن للعين الموصى بها من غير فائدة ترجى منها . وهذا يتحقق بعدم الرد .

ولكن ينبغى ملاحظة أن السكوت وعدم الرد لا يعتبر قبولا إلا إذا يئسنا من

---

(١) ونصها « إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد . وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون لزمت بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا » .

حصول الرد الصريح ، وهذا لا يكون إلا بوفاة الموصى له . فما دام حياً لا نعتبر سكوته قبولا حتى نرتب عليه ثبوت الملك له .

ثانيهما — وهو ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة — يقصره على العمل الإيجابي من القبول بالقول أو بالفعل ، ولا يكتفى فيه بعدم الرد لأن هذا هو المعهود فى مثله من التصرفات .

وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما إذا مات الموصى له قبل أن يصدر منه قبول إيجابى أو رد صريح فإنه على رأى الحنفية تلزم الوصية بموته وينتقل الملك فى الموصى به إلى ورثته ، ويكون ملكا قهرياً لا يملكون إسقاطه أو رده لأن سبب الملك تم من جانب الموصى بموته ، وبقى حق الرد للموصى له لحاجته إلى دفع الضرر ، وبموته انتهت هذه الحاجة فيبطل هذا الحق ويثبت الملك . كما إذا اشترى شيئاً وشرط لنفسه الخيار ثم مات فى مدة الخيار قبل أن يصدر منه إجازة للعقد أو فسخ له فإنه يبطل حق الخيار ويتم الملك . فكذلك هذا[1] .

وعلى الرأى الثانى لا تلزم الوصية ولا يثبت الملك للموصى له ، ولا يبطل[2]

---

(١) هذا هو مقتضى الاستحسان عندهم ، وأما القياس فيقتضى أن الورثة يحلون محله فى القبول أو الرد كما يرى صاحب المبسوط فى ج ٢٨ ص ٤٨ ، أو يقتضى أحد أمرين إما هذا ، أو بطلان الوصية كما يرى صاحب البدائع فى ج ٧ ص ٣٣٢ ، ويلاحظ أن صاحب المبسوط قيد المسألة بعدم علم الموصى له بالوصية ، وصاحب البدائع لم يقيدها بذلك .

(٢) يقول ابن قدامة فى المغنى ج ٦ ص ٢٤ : إن مذهب الحنابلة فيه رأيان ، أحدهما موافق لرأى المالكية والشافعية ، وثانيهما أن الوارث لا يقوم مقام الموصى له فى حق القبول والرد بل تبطل الوصية . لأنه عقد يحتاج إلى القبول وبموت من له القبول يبطل كالهبة .

حقه فى القبول أو الرد ، بل ينتقل هـذا الحق لورثته . فيتوقف ثبوت الملك لهم على قبولهم . فإذا قبل الوارث الوصية واحداً كان أو أكثر تم الملك ، وإن رده بطل ، وإذا قبل البعض ورد البعض تم فى حق من قبل ، وبطل فى نصيب من رد ، ومن لم يكن أهلا للقبول أو الرد يقوم وليه مقامه .

أما عدم لزوم الوصية وعدم ثبوت الملك فلعدم تحقق الشرط وهو القبول ، وأما عدم بطلان حقه فى القبول أو الرد فلأنه خيار ، والخيار لا يبطل بموت صاحبه .

وأما ثبوت الحق للورثة فلأنهم يخلفون مورثهم فيما تركه من أموال وحقوق مالية ، أو حقوق متعلقة بالمال ، وهذا الحق منها .

وهذا الرأى أوجه من سابقه . لأننا ما دمنا قد أثبتنا الحق فى القبول والرد للموصى له لدفع الضرر عنه ، وهذا الضرر محتمل حدوثه للورثة ، فلو ألزمناهم بالوصية لكنا قد فتحنا عليهم باباً يطل منه الضرر عليهم . فمن الخير لهم أن يبقى حقهم فى الخيار . فمن يرى أن القبول فى مصلحته قبلها ، ومن يرى عكس ذلك ردها . وبهذا الرأى الثانى أخذ قانون الوصية فى مادته الحادية والعشرين[1] .

من له حق القبول والرد

حق قبول الوصية وردها يختلف ثبوته تبعاً لاختلاف الموصى له ، لأنه قد يكون شخصاً أو أشخاصاً معينين أو غير معينين ، وقد يكون جهة من الجهات .

والأشخاص المعينون فيهم كامل الأهلية وناقصها وفاقدها ، وغير المعينين منهم من

---

(١) ونصها « وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه فى ذلك » .

يكون منتمياً إلى جهة لها من يمثلها شرعاً أو قانوناً ، ومنهم غير ذلك ، وكذلك الجهة قد يكون لها ممثل ، وقد لا يكون لها ذلك .

ولا نزاع بين الفقهاء فى أن حق القبول والرد يثبت للموصى له المعين واحداً كان أو أكثر متى كان كامل الأهلية لأنه صاحب الولاية على نفسه لا سلطان لأحد عليه .

كما اتفقوا على أنه يثبت للولى إذا كان الموصى له فاقد الأهلية كالمجنون والصبى غير المميز . لأن عبارته ملغاة لا اعتبار لها فى نظر الشارع . ولم يخرج عن هذا الاتفاق إلا الوصية للجنين فإن الحنفية لم يشترطوا فيها قبولا ، بل قالوا : إن الوصية له تلزم من غير قبول بمجرد موت الموصى ، لأن الجنين عندهم لا تثبت عليه ولاية، فلا يكون له ولى يقبل عنه ، وذهب بعض فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن الوصية له تحتاج إلى قبول ، ويقبل عنه من تثبت له الولاية عليه بعد ولادته ، لأن وصيته لا تقرر إلا بعد ولادته حياً ، وفى هذا الوقت يكون له ولى .

والقانون أخذ بهذا الرأى كما صرحت بذلك مادته المتممة[١] للعشرين لكنه لم يقيد قبول الولى بما بعد الولادة ، لأنه افترض أن يكون للجنين ولى حيث إن القوانين[٢] الأخرى تفرض له وصايا أو ولياً يحافظ على أمواله وحقوقه ، فللولى

---

(١) وفيها « فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له ولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبى » .

(٢) حين صدور قانون الوصية عام ١٩٤٦ كان قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ قائماً معمولا به ، وهذا القانون أجاز تعيين وصى للحمل المستكن ، وعلل ذلك بأن عدم تعيين وصى فيه ضرر بمصلحته لما يترتب عليه من ترك أمواله بلا حصر وإيجار وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التى تقتضى السرعة .

وقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وإن كان ألغى قانون المجالس الحسبية =

أن يقبل أو يرد قبل ولادة الجنين بعد إذن المجلس الحسبى « المحكمة الحسبية » ، فإذا ولد حياً ثبت الملك له مستنداً إلى وقت وفاة الموصى ، وإلا رد إلى الورثة بنسبة أنصبائهم .

وإذا كان الموصى له المعين ناقص الأهلية كالصبى المميز أو محجوراً عليه بسبب الغفلة أو السفه ، فالحنفية يسيرون مع قاعدتهم فى التصرفات النافعة نفعاً محضاً وهى أنها تكون صحيحة نافذة فيقررون أن قبول الوصية يكون من هؤلاء ، لأنها من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، فإذا قبلها نفذت من غير توقف على إجازة الولى ، ولكنهم لا يملكون ردها لأن رد الوصية ضرر ، ولذلك لا يملكه الولى .

وأما الحنابلة فيجعلون قبول الوصية وردها فى هذه الحالة للولى بشرط أن يكون ما يختاره هو أصلح الأمرين بالنسبة للمولى عليه ، فإن فعل غير الأصلح بأن قبل ما ليس للموصى له فيه مصلحة ، أو رد ماله فيه منفعة لم يعتبر عمله هذا وصار كأن لم يكن .

والقانون جعل الحق للأولياء استناداً لمذهب الحنابلة ، ولكنه لم يقيد هذا الحق بما قيده به الحنابلة بل قيده بحصول الإذن من الجهة صاحبة الرقابة على أموال القاصرين . وهى المجلس الحسبى حينذاك ، والمحكمة الحسبية بعد ذلك ثم دائرة الولاية الآن ولعل تقييد القانون بهذا يجعل التفويض المطلق للولى مقيداً بالأنفع ، لأن

= والقوانين المعدلة له إلا أنه أبقى حكم تعيين وصى للحمل كما جاء فى المادتين ١٤، ١٥ منه.

وكذلك المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال مع أنه ألغى العمل بالكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية المتضمن للمادتين ١٤، ١٥ المشار إليهما إلا أنه نص على إبقاء حكم تعيين وصى للحمل فى مادته ٢٨، ٢٩ ونص فى الأخيرة على أنه يبقى وصى الحمل وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

المحكمة الحسبية باعتبار وضعها لرعاية حقوق القاصرين لاتأذن إلا بما فيه مصلحتهم[1].

وإذا كانت الوصية لغير المعينين وهم الذين لا يحصون . كطلبة العلم . وفقراء هذه المدينة ، أو مشوهى الحرب ، أو من فقدوا عائلهم فى كارثة من الكوارث أو كانت لجهة من الجهات : كمؤسسة علمية أو مسجد أو مبرة أو ملجأ

---

(١) ومما ينبغى ملاحظته هنا أن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال الذى صدر بعد قانون الوصية بسنوات قيد حكم استئذان المحكمة بحالة ما إذا كانت الوصية محملة بالتزامات أو مشروطة بشرط .

فمادته الثانية عشرة تنص على أنه « لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة » .

والمادة التاسعة والثلاثون منه تمنع الوصى من مباشرة تصرفات عديدة إلا بإذن المحكمة . منها قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

وإذا كان هذا القانون المتأخر قيد ما أطلق فى قانون الوصية فهل يبقى الإطلاق ملاحظاً فى قانون الوصية كما كان أو يتقيد الحكم فيه بما قيد به فى القانون الأخير ، ويكون استئذان الوصى للمحكمة فيما إذا كانت الوصية محملة بالتزامات أو مشروطة بشرط فقط ؟

وجوابنا على هذا السؤال : أن التشريع المتأخر دائماً يكون ناسخاً لما يخالفه من التشريعات السابقة،والمشرع فى كثير من الأحيان ينص على ما يلغى من الأحكام السابقة تفصيلا . كأن يقول تلغى مادة كذا وكذا من قانون كذا ، وفى بعضها ينص على الإلغاء إجمالا . كأن يقول : يلغى كل ما كان مخالفاً لهذا القانون .

وفى هذا القانون نص مرسوم إصداره على الأمرين معاً ... فمادته الثانية تقول « يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، وكذلك يلغى كل ما كان مخالفاً للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون ... وعلى هذا يكون الإطلاق فى قانون الوصية قد ألغى العمل به من تاريخ العمل بهذا القانون ، وهو تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية فى ١٣ ذى القعدة سنة ١٣٧١ — ٤ أغسطس سنة ١٩٥٢ .

مثلا فإن بعض الفقهاء يذهب إلى أن الوصية فى هاتين الصورتين لا تحتاج إلى قبول، بل تلزم بمجرد موت الموصى، لأن القبول ممن لا يحصون متعذر، ولا يتعين واحد منهم للقبول فسقط اعتباره فلم يتوقف ملكهم على القبول، بل يتوقف على القبض من كل واحد منهم، وكذلك الجهة لا يتصور منها قبول فسقط اعتباره.

ولكن فقهاء الشافعية يفصلون فى المسألة، فيقولون إن كان من لا يحصون(1) ينتمون إلى جهة لها من يمثلها ويتكلم باسمها. كطلبة الأزهر أو الجامعة، أو كانت الجهة لها من يمثلها كمسجد له ناظر مثلا. فإن الوصية لا تتم إلا بقبول تلك الجهة فى شخص من يمثلها.

وإن لم يكن كذلك سقط اعتبار القبول، ولزمت الوصية بموت الموصى.

وبهذا التفصيل أخذ القانون كما جاء فى الفقرة الثانية من المادة العشرين « ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف ».

وصرحت مذكرته التفسيرية بأن هذا هو المتفق مع قواعد الشريعة العامة، وما ذهب إليه الإمامية من الشيعة.

وقت ثبوت الملكية للموصى له

إذا حدد الموصى وقتا لثبوت الملكية للموصى له. كأن يقول: هذه الدار

---

(1) اختلف الفقهاء فى الفصل بين من يحصون ومن لا يحصون على أقوال كثيرة. منها أن ذلك مفوض إلى رأى القاضى. وقيل إن ما لا يحصون هم الذين لا يستطاع حصرهم إلا بمشقة، وقيل غير ذلك، وأسلم هذه الآراء التى سارت عليه المحاكم رأى محمد بن الحسن وهو أن ما لا يحصون من بلغوا مائة، فإذا كانوا أقل من ذلك فهم يحصون.

وصية لفلان بعد موتى بسنة ، وقبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى فإن ملكه لا يثبت إلا من الوقت المحدد فى الوصية باتفاق الفقهاء سواء قبلها عند ذلك الوقت أو قبله بعد الوفاة ، كما اتفقوا على أن الملك يثبت عقب موت الموصى إذا لم يكن هناك فاصل بين الموت وقبول الموصى له بأن قبل عقب الوفاة مباشرة

واختلفوا فيما إذا لم يحدد الموصى وقتا تبدأ منه الوصية وتأخر القبول عن وقت الوفاة ..

فالحنفية والشافعية فى أصح أقوالهم ، والمالكية فى المشهور عندهم يذهبون إلى أن الملكية تثبت بالقبول مستندة إلى وقت الموت وهو قول للحنابلة ، لأن سبب الملكية هو الوصية ، والقبول شرط فقط . .

وإذا كانت الوصية بحقيقتها تفيد الملك مضافا إلى ما بعد الموت فتنفيذها يكون عقب الموت ، والقبول ورد على وصية بهذا الوضع ، فيثبت الملك من وقت الوفاة ، ولولا كون القبول شرطا لثبوت الملك لثبت بمجرد الموت ، وهذا نظير البيع بشرط الخيار ، فإن الملك فيه يثبت بإجازته مستنداً إلى وقت إنشاء العقد .

وذهب بعض فقهاء المالكيه وبعض الشافعية والحنابلة فى أصح أقوالهم (١) إلى أن الملك يثبت من وقت القبول فقط ، لأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطا أو جزءاً من السبب ، والحكم وهو الملك لا يتقدم على سببه ولا على شرطه . كما فى العقود الأخرى .

---

(١) جاء فى المغنى لابن قدامة جـ٦ ص ٢٥ . فإن قيل ثبت الملك له من حين القبول فى الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروى عن الشافعى .

وذكر أبو الخطاب فى المسألة وجها آخر : إنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصى ؛ وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وللمالكية رأى آخر يوافق ماذهب إليه الحنفية والشافعيه من أن الملكية تثبت مستندة إلى وقت الوفاة .

وعلى هذا الرأى يكون الملك فى المدة ما بين الوفاة والقبول لورثة الموصى فتكون زوائد الموصى به ونماؤه لهم ، لأنه نماء ملكهم ، ويقابل هذا النفع أن تكون جميع النفقات اللازمة للموصى به عليهم ، لأن الغرم بالغنم .

وعلى الرأى الأول تكون لزوائد والنماء ملكا للموصى له ولكن أصحاب هذا الرأى مع اتفاقهم على هذا القدر مختلفون فى سبب ملكية الزوائد . ألأنها نماء ملكه وثمرته ، أم لأنها موصى بها تبعا للموصى به الأصلى (١) ؟ بالأول قال الشافعية ، وبالثانى يقول الحنفية ، وبناء على هذا الخلاف لاتدخل تلك الزوائد فى تقدير الوصية على الرأى الأول . بمعنى أن الموصى به الأصلى إن خرج من ثلث التركة نفذت

(١) مرد هذا الخلاف إلى الخلاف فى الملك فى فترة التوقف . أهو باق على حكم ملك الموصى ، أم أن الملكية متوقفة حتى يتقرر أمر الوصية ؟

فالحنفية يذهبون إلى أن المال الموصى به باق على حكم ملك الموصى لأن ذمته تبقى مؤقتا حتى تسدد ديونه وتنفذ وصاياه لحاجته إلى ذلك فتكون الزيادة حادثة على ملكه فتتبع الوصية الأصلية فتدخل فى تقديرها : يقول صاحب المبسوط فى ج ٢٩ ص ١٣ : التركة بعد الموت قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت ، فالزيادة فيها تحل على حكم ملكه أيضاً ويكون حصولها قبل الموت وحصولها بعد الموت سواء الخ عبارته .

ويقول ابن قدامة فى المغنى ج ٦ ص ٢٦ : « وقولهم لايبقى له ملك ممنوع ، فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ، ويجوز أن يتجدد له ملك فيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز إن كان قبل تجهيزه ، فهذا يبقى على ملكه لتعذر إنتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وإمتناع انتقاله إلى الموصى له قبل تمام السبب » .

قال ذلك بصدد توجيه الرأى القائل إن الملك يثبت فى الموصى به للموصى له من حين القبول .

والشافعية يقولون : إن ملك الموصى انتهى بوفاته ، والملك فى الموصى به مترددبين أن يكون للورثة أو للموصى له حتى يبت فى أمر الوصية . فإذا ماقبلها الموصى له تبين أن النماء كان نماء ملكه فلا يدخل فى الوصية لا أصلا ولا تبعا .

الوصية بدون توقف على إجازة الورثة ، وتدخل فى تقديرها على الرأى الثانى حيث تضم الزوائد إلى العين الموصى بها عند التقدير فإن خرج المجموع من الثلث نفذت الوصية بدون توقف ، وإن زاد عنه توقف النفاذ فى الزائد على إجازة الورثة .

والقانون أخذ برأى الحنفية والشافعية فى أن ملك الموصى له يثبت حين القبول مستندا إلى وقت الموت مالم يحدد الموصى وقتا معينا لثبوت الاستحقاق ، وقرر أن تكون نفقات الموصى به فى المدة بين الوفاة والقبول على الموصى له وهذا أمر معقول وواضح ، لأن الموصى قصد تمليك الموصى له عقب الوفاة مباشرة ، لأنه لو كان يريد وقتا معينا لعينه فإثباتنا الملك من حين القبول مستندا إلى وقت وفاة الموصى تحقيق لغرض الموصى من الوصية ، ومراعاة لجانب الموصى له حيث جعلنا الثبوت موقوفا على قبوله حتى لا نكون قد ألزمناه بما قد يتضرر منه .

ثم أخذ برأى الشافعية فى عدم اعتبار الزوائد فى تقدير الوصية ، وأنها تكون ملكا خالصاً للموصى له متى تحقق منه القبول ، وهذا واضح لأنه لا يكون إلا فى حالة الوصية بعين بذاتها ، والموصى قد قصد بذلك تمليكها له عقب الموت ، وما دمنا قد رجحنا ثبوت الملك مستندا إلى وقت الموت فيظهر لنا عند القبول أن الملك كان ثابتا فى هذه العين للموصى له ، ومن ملك شيئاً ملكا تاما ملك نماءه وزوائده .

جاء كل ذلك فى المادة الخامسة والعشرين[1] .

---

(١) ونصها « إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد الموت ، وتكون زوائد الموصى به من حين الملك إلى القبول للموصى له ، ولا تعتبر وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة » .

بقيت مسألة أخيرة تتعلق بهذا الموضوع عرض لها القانون فى مادته الرابعة والعشرين ، وهى رد الوصية بعد قبولها الصحيح ، وقد اختلفت فيها آراء الفقهاء .

فالحنفية يقولون ، إذا قبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى ثم عاد ورده فإنه يقبل منه هذا الرد متى قبله الورثة كلهم أو واحد منهم ، لافرق بين أن يكون ذلك الرد قبل القبض أو بعده ، ولا بين ما إذا كان الموصى به مالا مثليا أو قيميا ، فالشرط عندهم هو قبول الورثة له .

وعلل ذلك السرخسى فى مبسوطه (١) بأحد أمرين :

أولهما : أن الرد عليهم فسخ للوصية ، وهم قائمون مقام الميت وأحد الورثة يقومون مقامهم .

ثانيهما : أن هذا الردفسخ لقبوله وهو ينفرد بفسخ القبول فى حق نفسه ، وإنما لايثبت فى حق الورثة إذا أبوا ذلك دفعا للضرر عنهم وعن مورثهم ، فإذا رضوا بذلك أو رضى به أحدهم وهو قائم مقامهم فى فسخ القبول منهم صار كأنه رده قبل أن يقبل فيكون ميراثا للورثة (٢) .

---

(١) ج ٢٨ ص ٤٩

(٢) وفى رأيى أننا لوعللنا منهب الحنفية بأن هذا الرد يعتبر كالهبة المبتدأة من الموصى له موجهة إلى ورثة الموصى لتعذر توجيهها إلى الموصى نفسه حيث إن الملك ثبت له بالقبول . فالرد بعده لا يكون إسقاطا للملكية التامة لبطلان السائبة ، بل يكون نقلالها ولايصلح نقلا لغير الورثة حيث لم يعين شخصاً ، فيشترط قبولهم . لو عللناه بذلك لكان أحسن .

ولا يقال : إنه إذا قبل أحد الورثة يثبت الملك له وحده لأنه القابل . لا يقال ذلك لأن شبهة الرد على الموصى لازالت قائمة فيكون القابل نائباً عن الورثة كلهم فيعود الملك لهم كالميراث .

ولغير الحنفية تفصيل خلاصته كما جاء فى كتاب المغنى (١) .

أن الرد إما أن يكون بعد القبول والقبض معاً أو يكون بعد القبول وقبل القبض، فإن كان بعدهما فلا يصح إلا على أنه هبة مبتدأة . إن قبلها الورثة وقبضوها تمت ولزمت باتفاق الحنابلة والشافعية ، لأن المال الموصى به أصبح بعد القبول والقبض مملوكا مستقراً كسائر أملاكه فلا يخرج عن ملكه إلا بسبب ناقل للملكية كالهبة ، فيراعى فى ذلك شروط الهبة .

وإن كان قبل القبض ففى رأى للشافعية أنه يأخذ حكم الرد بعد القبض لثبوت الملك المستقر فيهما .

وفى رأى آخر تفصيل بين ما إذا كان الموصى به مكيلا أو موزونا فيصح الرد ، لأن الملك فيه لايستقر إلا بالقبض فأشبه الرد قبل القبول . وبين ما إذا كان غير ذلك كالمال القيمى فإنه لايصح الرد ، لأن الملك قد استقر وصار كالمقبوض ، لأنه معين بذاته فلا يتوقف على القبض .

والقانون أخذ بمذهب الحنفية كما جاء فى فقرة من المادة الرابعة والعشرين ونصها .

« وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده .

---

(١) ج ٦ ص ٢٢

الباب الثانى

في

شروط الوصية وأنواعها

وفيه فصلان

الفصل الأول

في

في الشروط

يشترط للوصية شروط كثيرة منها شروط لصحتها وأخرى لنفاذها ، وهى موزعة على الأمور الأساسية الأربعة التى لا توجد الوصية إلا بها ، وهى الصيغة ، والموصى ، والموصى له ، والموصى به .

يقول صاحب البدائع[1] « وأما شرائط الركن ، فبعضها يرجع إلى الموصى ، وبعضها يرجع إلى الموصى له ، وبعضها يرجع إلى الموصى به ، وأما الذى يرجع إلى نفس الركن فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب ، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول لأنه إذا خالفه لم يرتبط فبقى الإيجاب بلا قبول » [2] .

وإذا تنوعت الشروط إلى هذه الأنواع احتاج كل واحد منها إلى مبحث خاص فانقسم هذا الفصل إلى مباحث أربعة .

المبحث الأول

في

شروط الصيغة وحكم الشروط المقترنة بها

قدمنا أن صيغة التصرف هى المعبرة عن إرادة التصرف ، وبها يوجد التصرف

---

(١) جـ٧ ص ٣٣٤ .

(٢) بينا فيما سبق أن اشتراطه هــــذا مبنى على ما اختاره فى الركن من أنه مجموع الإيجاب والقبول .

فى الخارج ولولاها ما وجد ، وهذه الصيغة تصدر على أشكال مختلفة حسب اختلاف طبيعة العقود والتصرفات وما قرره لها الشارع من أحكام .

فتارة تـكون منجزة ، وأخرى معلقة ، أو مضافة ، وكل منها قد يكون مقيدا بشرط أو مطلقا عن القيود .

فالصيغة المنجزة : هى مادلت على وجود التصرف ووجود حكمه فى الحال .

والمضافة : هى ما أفادت وجود العقد فى الحال وتخلف حكمه إلى زمن مستقبل .

والمعلقة : هى مادلت على وجود التصرف مرتبا على وجود شىء آخر سيوجد فى المستقبل فهى تفيد تعليق وجوده على وجود شىء آخر بأداة من أدوات الشرط مثل: إن ، وإذا ، ولو ، ومتى ، ومتى ما ، وكلما .

والأصل فى صيغ التصرفات أن تـكون منجزة ولم يخرج عن هذا الأصل إلا الوصية والإيصاء فإن طبيعتهما تأبى التنجيز ، فالوصية لا تـكون إلا مضافة لأنهـا تصرف مضاف إلى مابعد الموت ، ولا يوجد مانع يمنع من تعليقها على الشرط مادامت لاتفيد التمليك إلا بعد الموت[١] .

فيصح أن تـكون مطلقة عن التعليق . كأن يقول جعلت هذه الأرض لفلان بعد موتى ، كما يصح أن تكون معلقة على شرط . كأن يقول : إن ملـكت هذه الدار فقد جعلتها مأوى للغرباء بعد وفاتى ، أو إن رجعت سالما من سفرى فأرضى هذه وصية لفلان . .

والوصية بعد هذا قد تـكون مطلقة عن التقييد بالشرط . وقد تـكون مقترنة به . .

---

(١) والمادة الرابعة من القانون تشير إلى ذلك « تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به » ،

والفرق بين تعليقها على الشرط واقترانها به : أن التعليق هو ترتيب وجود الوصية على وجود الشرط ، فالصيغة المعلقة لا تنشىء الوصية فى الحال ، ولكن بعد تحقيق الشرط .

أما الاقتران بالشرط فهو تقييد الصيغة المنشئة للوصية بشرط يظهر أثره فى أحكامها فقط . فالوصية موجودة مع الاقتران ، غير موجودة مع التعليق .

ثم إن الشروط المقترنة بالوصية منها ما هو معتبر فى نظر الشارع ، ومنها ما هو ملغى لا اعتبار له ، والفقهاء جميعاً ساروا على هذا الأصل . وهو أن من الشروط شروطاً صحيحة ، وأخرى غير صحيحة ، وإن[1] اختلفوا فى تحديد دائرة كل نوع .

---

(١) للفقهاء فى مسألة الشروط المقترنة بالعقود آراء ثلاثة . رأى يجعل الأصل فيها الحظر فلا يبيح منها إلا ما ورد به نص خاص ، وهم الظاهرية ، ورأى آخر يقابله فيجعل الأصل فيها الإباحة فلا يمنع منها إلا ما ورد النهى عنه بخصوصه أو كان مخالفاً لمقتضى العقد . وهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم ، ورأى ثالث يتوسط فيجعل الأصل فيها الحظر لكنه يستثنى أنواعا يصححها . وهى ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً له أو ورد به نص أو جرى به عرف وهم الحنفية ويقرب منهم المالكية والشافعية . كما شرحنا ذلك فى كتابنا المدخل للتعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ص ٣٦٨ وما بعدها الطبعة الثانية ومع أن هذا هو الأصل العام عند الفقهاء فى الشروط المأخوذ من تفريعاتهم إلا أننا نجد بعضهم قد خالفه الوقف والوصية .

فالحنفية بينما يعرفون الشرط الباطل فى قاعدتهم السابقة بأنه ما كان مخالفاً لمقتضى العقد ولم يرد به شرع ولا جرى به عرف ولم يكن فيه مصلحة لأحد ويحكمون عليه بالإلغاء وحده وعدم تأثيره فى العقد المقترن به إذ بهم يطلقونه فى باب الوقف ويقصدون منه : أنه ما كان مخلا بأصل الوقف أو منافيا لحكمه . ويجعلونه مؤثراً فى الوقف فيبطله ماعدا وقف المسجد على الرأى الراجح . وكذلك فى الوصية أرادوا به ما كان =

وعلى سنن الفقهاء سار قانون الوصية فى تقسيم الشروط المقترنة بها فقسمها إلى قسمين : صحيحة وباطلة ، وأوجب الوفاء بالنوع الأول ما دام العمل به محققاً للغرض الذى من أجله اشترط ، وألغى الشرط غير الصحيح ، والشرط الذى أضبح لا يحقق المصلحة المقصودة منه ، لكنه ضيق دائرة الشرط الصحيح بما وضعه فيه من قيود بينما وسع فى دائرة الشرط الباطل متعديا بذلك حدود مذهب الحنفية الذى كان معمولا به قبل صدوره .

فعرف الشرط الصحيح بما كان فيه من مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرها ولم يكن منهيا عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة :

والباطل ما عدا ذلك وهو ما كان منهيا عنه أو منافياً لمقاصد الشريعة أو لم يكن فيه مصلحة لأحد . فالشرط الذى فيه مصلحة للموصى مثل ما إذا أوصى بوصايا وشرط فى تنفيذها أن يبدأ بوصاياه بالحقوق التى عليه ولم يؤدها .

ومثال الشرط الذى يكون فيه مصلحة للموصى له . . اشتراط أن يكون

= مخالفاً لمقتضى العقد كما يؤخذ من فروعهم ، وهذا يدلنا على أن الوقف والوصية لهما اعتبار خاص من جهة أثر الشروط فقد توسعوا فى الشرط الصحيح فيهما نظراً للغرض من تشريعهما وهو بر المحتاجين وتدارك ما فاته من عمل الخير . .

وكذلك الإمامان : ابن تيمية وتلميذه ابن القيم نجدهما فى قاعدة الشروط العامة فتحا باب الشروط على مصراعيه ، وصححا كل شرط مالم يرد بخصوصه نهى خاص أو كان مناقضاً لمقتضى العقد والوقف والوصية ضيقا دائرة الشروط الصحيحة لتتسع دائرة الشروط الباطلة لمنع الناس مما استرسلوا فيه من تفننهم فى الإكثار من الشروط المانعة والمحرمة فعرفا الشرط الباطل ، بأنه ما نهى عنه أو كان مخالفاً لمقتضى العقد أو مقاصد التبرع . فكلمة مقاصد الشرع كلمة واسعة المدلول ألغت كثيراً من شروط الموصين والواقفين كشرط عدم التزوج أو التزوج بواحدة معينة فى بقاء الاستحقاق .

للأرض الموصى بها حقوق الارتفاق على أرض أخرى ، أو أن يشترط تسديد دين الموصى له من المرتب الموصى به أولا ثم يسلم إليه الباقى ، أو أن تكون تكاليف نقل الملكية من تركة الموصى .

ومثال الشرط الذى يكون فيه مصلحة لغيرهما . . اشتراط تسديد دين الموصى له من مرتبه أولا ، فإن فيه مصلحة للدائنين ، ومثل ما إذا أوصى بمنفعة دار لجهة من جهات البر على أن من لا يجد مسكناً من ذريته فى هذه البلدة يكون له الحق فى سكناها إن كان بها متسع . .

ومثال الشرط المنهى عنه أن يوصى لفلان بمال بشرط بقائه على ما هو عليه من المنكرات . أو يوصى لولده بشرط أن يقاطع والدته .

ومثال الشرط المنافى لمقاصد الشريعة أن يوصى لزوجته بمال بشرط ألا تتزوج بعده .

ويؤخذ من هذا أن صحة الشرط فى نظر القانون تدور مع وجود المصلحة المشروعة فيه لأحد طرفى العقد أو لغيرهما . . فالشرط الخالى عن المصلحة عبث لا فائدة فيه فيكون باطلا ، والشرط الذى يتحقق به مصلحة فى وقت من الأوقات ويخلو عنها فى وقت آخر يكون صحيحاً واجب الوفاء به فى وقت ثبوت المصلحة ، وباطلا فى وقت خلوه عنها ، والشرط المنهى عنه أو المنافى لمقاصد الشارع لا توجد فيه مصلحة مشروعة فيكون باطلا . وهذا ما قرره القانون فى مادته الرابعة (1) .

---

(1) ونصها « مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة إلى المستقبل أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به ، وإن كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته ما دامت المصلحة فيه قائمة ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه ، والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة .

ثم إن الشرط الباطل لا يؤثر فى نفس الوصية فيلغى وحده وتبقى هى صحيحة، وقد يؤثر فيها بالبطلان .

والحد الفاصل فى ذلك . هو أن الشرط إذا جعل الوصية متمحضة للمعصية ، ولا يمكن صرفها لغير ذلك بطل الشرط والوصية معاً ، كما إذا أوصى لفاجر على أن يبقى على فجوره ، فإن هذا الشرط كشف عن غرضه من الوصية وهو إعانته على الفجور ، ولا يمكن صرف الوصية لشىء آخر .

وأما إذا لم يجعلها كذلك يبطل الشرط وحده وتبقى الوصية صحيحة . كما إذا أوصى لزوجته بشرط أن تبقى من غير زواج بعده ، فإن اشتراط عدم التزويج لا يمحض الوصية للمعصية .

وعلى ذلك يمكننا أن نقول إنه يشترط فى الصيغة لصحة الوصية ألا تكون مقترنة بشرط باطل يجعلها متمحضة للمعصية بعد أن تكون واضحة الدلالة على على ما أريد بها .

ومما ينبغى ملاحظته أن القانون أخذ أحكام المادة السابقة من مذهب الحنفية ومما ذهب إليه ابن تيمية وتلميذه كما أشارت إليه مذكرته التفسيرية حيث قالت : إن الشرط الباطل عند الحنفية ما كان مخالفاً لمقتضى العقد كما إذا أوصى بأرض على أن يستغلها على وجه معين ، أو أن تكون من بعده لشخص غير ورثة الموصى له ، وعند ابن تيمية وابن القيم . هو ما كان مخالفاً لمقتضى العقد أو لمقاصد الشارع ، كما إذا أوصى لامرأة بشرط ألا تتزوج وما شاكل ذلك .

المبحث الثانى
فى
شروط الموصى

شرط الفقهاء فى الموصى شروطا لصحة الوصية وأخرى لنفاذها ، اتفقوا على بعضها واختلفوا فى بعضها الآخر :

والقانون وإن كان مستمدا من أقوالهم إلا أنه خالفهم فى بعض ما شرطه ليتسق مع القوانين الأخرى .

العقل والتمييز : الفقهاء جميعاً متفقون على أنه يشترط فى الموصى لتصح وصيته أن يكون عاقلا مميزا فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية ، وعلى هذا لاتصح وصية المجنون ومن فى حكمه من المعاتيه،والصبى قبل السابعة لأن عبارة هؤلاء ملغاة فى نظر الشارع فلا ينعقد بها عقد ولا ينشأبها تصرف ولا التزام لانعدام القصد الذى هو أساس الإرادة الظاهرة :

وكما لا تصح منهم لاتصح ممن لهم ولاية عليهم لأن الوصية تبرع لايعود عليهم منه منفعة لافى الحال ولا فى المآل لعدم تكليفهم بشىء من الطاعات فلا ثواب ولاعقاب .

الجنون الطارىء على الوصية:

وإذا جن الموصى بعد إنشاء وصيته فإن هذا الجنون يؤثر فى الوصية عند بعض الفقهاء ولا يؤثر فيها عند الآخرين .

فالمالكية يذهبون إلى أن الجنون الطارىء لايؤثر فى الوصية سواء كان مطبقا أو غير مطبق اتصل به الموت أولا ، لأن العبرة بصدورها صحيحة ممن هو أهل لها ، فإذا

زالت أهليته لا تبطل وصيته كما لا تبطل تصرفاته الأخرى من بيع وإجارة ووقف وغير ذلك .

والحنفية يفرقون بين الجنون المطبق وهو مايستمر شهراً على الرأى الراجح عندهم وبين الجنون غير المطبق وهو مادون ذلك فيجعلون الأول مؤثراً فى الوصية بالإبطال لأنها تصرف غير لازم فى حياة الموصى يجوز له الرجوع عنهـا فى أى وقت شاء وهذا النوع يحتاج لبقائه صحيحاً بقاء إرادته والجنون المطبق يزيل الإراده ، لافرق فى ذلك بين المتصل بالموت وغير المتصل به الذى تخلل بينه وبين الموت فترة إفاقة ، لأنه إذا أفاق ولم يجدد وصيته السابقة بعـد أن بطلت بهذا العارض ثم أدركه الموت لم يكن حين موته مصرا على وصيته وهو الشرط لبقائها صحيحة أما الجنون غير المطبق فهو بمنزلة الإغماء لا يؤثر فى تصرفاته ما لم يوجد منه ما يدل على رجوعه عنها .

والقانوں وان اعتبر وصية المجنون وفاقدى الأهليه باطلة من أول الأمر إلا أنه فى الجنون الطارىء سلك مسلكا وسطا بين المذهبين السابقين فلا هو ألغى تأثيره فى جميع الحالات كما يرى المالـكية ، ولا تغالى فى اعتبار تأثيره كما يذهب الحنفية ، بل جعل المؤثر بالإبطال هو الجنون المطبق الذى اتصل به الموت وماعداه من غير المطبق، والمطبق الذى لم يتصل به الموت لا أثر له فيها .

أما غير المطبق فلأنه لا يؤثر فى الأهلية وما دامت الأهلية موجودة حتى الموت ولم يرجع الموصى عن وصيته يكون قد مات مصراً عليها .

وأما المطبق الذى لم يتصل بالموت فقد وجدت للموصى فترة إفاقة يسـتطيع الرجوع فيها عن وصـيته لو كان يرغب فى ذلك ، فإذا مات من غير رجوع اعتبرت وصيته السابقة قائمة إبقاء لما كان على ما كان بالاستصحاب ، ولتوفر شرط الإصرار عليها حتى الموت . وأما بطلانها بالمطبق المتصل بالموت فواضح لأنه يشترط لبقـاء

الوصية ولزومها فى حق الموصى أن يموت مصراً عليها ، وهذا الإصرار لايتحقق إلا ببقاء أهليته كاملة حتى الموت فإذا فقدت أهليته بهذا النوع من الجنون انتفى شرط الإصرار عليها إلى الموت لأنه لا إصرار مع عدم الإرادة فتكون الوصية كأن لم تكن جاء ذلك صريحاً فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة عشرة (١)

البلوغ : بينما نجد الفقهاء تكاد تجمع كلمتهم على أن أصل لتمييز العقل شرط لصحة الوصية إذ بنا نجدهم مختلفين فى اشتراط البلوغ ، فمنهم من جعله شرطاً لاتصح بدونه ومنهم من لم يشترطه .

ويظهر هذا الاختلاف فى صحة وصية الصبى المميز ، وهو من بلغ السابعة من عمره ولم يكن به آفة تمنع تمييزه إلى حين يبلغ بالعلامات أو بالسن إذا تأخر ظهور العلامات .

وهذا الاختلاف يرجع إلى أمرين . أولا — هل هذه الوصية يلحق الصبى منها ضرر فى ماله أو لا ؟ حيث اتفق الجميع على أنه ممنوع من التصرفات التى تضره فى نفسه أو فى ماله ، كما اتفقوا على أن وليه ممنوع من تصرف كذلك ، وثانياً : هل صح عن الصحابة إجازة مثل هذه الوصية أو لم يصح شىء من ذلك ؟

فمن صح عنده أثر فى جوازها ورأى أنه لا ضرر فيها صححها .

ومن لم يصح عنده شىء من تلك الآثار منعها ، تطبيقاً للقاعدة العامة فى تبرعات الصبى، أو أول الأثر لمخالفته للقاعدة .

فالحنفية يشترطون البلوغ فيبطلون وصية الصبى المميز مطلقاً لأنها تبرع ، وهو

---

(١) ونصها « تبطل الوصية ، بجنون الموصى جنونا مطبقا إذا اتصل بالموت » .

ممنوع من سائر التبرعات لما فيها من الضرر المحض حتى ولو أذن له وليه فى إنشائها ، أو أجازها بعد صدورها منه ، وحكم البطلان عندهم عام شامل سواء مات قبل البلوغ أو مات بعده من غير أن يصدر منه إنشاء جديد لها .

ويوافقهم فى ذلك الشافعية فى القول المعتمد عندهم . لأن عبارة الصبى فى نظرهم لا اعتبار لها فى التصرفات ، ولا فائدة تعود عليه من الوصية حيث إنها شرعت لجبر ما فات الإنسان فى حياته من عمل الخير ، والصبى فى مقتبل العمر لم يفته شىء مما يثاب عليه .

والمالكية والحنابلة على الرأى الراجح عندهم لا يشترطون البلوغ فيصححون وصيه المميز إذا وافقت الحق ، يريدون بذلك أن تكون على سنن وصايا البالغين الذين يعملون بمقتضى عقولهم مستندين فى ذلك إلى ماروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز وصية صبى يفاع سنه تسع سنين أو عشر سنين لابنة عمه فأوصى لها بما بيع بثلاثين ألف درهم (١)

ولأن وصيته لا ضرر فيها ،لما عرفنا أنها تصرف مضافا لما بعد الموت فالتمليك فيها يكون بعد وفاته فلا ضرر يلحقه فى ماله ما دام حياً ، كما لا ضرر على ورثته بعد وفاته حيث إن حقهم فى ثلثى التركة محفوظ لا ينفذ له وصية فيه إلا بإذنهم فإنشاء الوصية لا يخرج المال عن ملكه ،ومنعه من التبرعات الناجزة لأنها مضيعة للمال فى حياته وهو ضرر عليه .

---

(١) راجع المنتقى شرح الموطأ ج ٦ ص ١٥٤ ، وشرح الرسالة للنفراوى ج ٣ ص ٣ من كتب المالكية ومن كتب الحنفية المبسوط ج ٢٨ ص ٩١ ، ومن كتب الشافعية تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٤ ، ومن كتب الحنابلة المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ١٠٠ ومابعدها ، وتفسير القرطبى ج ٢ ص ٢٤٧

ومما يلاحظ هنا أن بعض المذاهب المجوزة لوصية الصبي المميز فرقت بين من كانت سنه عشر سنين فأكثر، فأجازت وصيته قولا واحداً، وبين من كانت سنه أقل من العشر ففي وصيته رأيان رأي بجوازها وآخر ببطلانها [1]، ولعل السر في ذلك يرجع إلى ماروى في سن الصبي الذي أجاز عمر وصيته، فمن ثبت عنده أنها كانت عشر سنين منع وصية من قلت سنه عن عشر، ومن ثبت عنده أنها كانت تسع سنين لم يفرق في وصاياهم.

كما يلاحظ أن المانعين لوصية الصبي المميز تكلفوا في تأويل الأثر الذي روى عن عمر فقالوا: يحتمل أن وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه ومثل هذه الوصية جائزة لأن ما أوصى به ثابت من غير وصية. [2]

وأنت ترى أن هذا التأويل بعيد عن واقع تلك الوصية إذ أنه جاء في بعض رواياتها أنها كانت لابنة عمه كما جاء في الموطأ، وفي أخرى أنها كانت لأخوال له كما يرويها ابن قدامة في المغنى

الرشد: هل الرشد شرط لصحة الوصية فلا تجوز وصية غير الرشيد لسفه أو لغيره؟

وإذا كان الفقهاء اختلفوا في اشتراط البلوغ لصحة الوصية فقد اتفقوا على عدم

---

(١) يقول ابن قدامة في المغنى ج ٦ ص ١٠١ « قال أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لاتصح وصيته وما بين السبع والعشر فعلى روايتين.

وقال ابن أبي موسى: لاتصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولا واحداً، وما زاد على العشر فتصح على المنصوص، وفيه وجه آخر لاتصح حتى يبلغ.

(٢) راجع البدائع ج ٧ ص ٣٣٤.

اشتراط الرشد فجوزوا وصية السفية وذى الغفلة (١) لأنها وإن كانت تبرعاً وهما ممنوعان منه ، إلا أن المعنى الذى من أجله حجر عليهما وهو المحافظة على أموالهما فى حياتهما لمصلحتهما الخاصة غير موجود فى الوصية لأن أثرها لايظهر إلا بعد وفاته فى الوقت الذى يستغنى فيه عن المال ، وأما ورثته فقد حافظ الشارع على حقوقهم بمنع تنفيذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازتهم :

على أن كلا من السفية والمغفل مكلف بالعبادات والطاعات لكمال أهليتهما وقد يفوتهما أداء حق من الحقوق كالزكاة والحج ، فمن حقهما أداء ذلك الحق بطريق الوصية لدخولهما فى الخطاب العام « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم » .

غير أن الحنفية شرطوا لصحة هذه الوصية أن تكون فيما هو قربة لأنهم جوزوها استحساناً على خلاف القياس المقتضى للمنع وهو استثناء لمصلحة ، والاستثناء لايتوسع فيه فيقتصر على موضع الحاجة على أننا لو أجزنا وصيتهما من غير تقييد لكان ذلك فتحاً لباب الانحراف بالوصية عن السنن المعقول .

وأما غير الحنفية فلم يقيدوا جواز وصيتهما بشىء وسووا بينهما وبين وصية الرشيد نظراً لصحة عبارتهما وكمال أهليتهما .

وكما أن الفقهاء لم يشرطوا رشد الوصى لصحة الوصية ابتداء كذلك لم يشرطوا بقاءه لبقائها صحيحة فيما إذا أوصى وهو رشيد ثم طرأ عليه السفة أو الغفلة فحجر عليه

---

(١) السفية هو الذى لايحسن تدبير المال فينفقه على غير مقتضى العقل والشرع — وذو الغفلة هو من لايهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى المعاملات لعدم خبرته وسلامة قلبه .

فإن هذا الحجر لايؤثر فى صحة الوصية السابقة بل تظل قائمة مالم يرجع عنها فى حياته .

لأن السفه والغفلة لايمنعان صاحبهما من الرجوع فى وصيته ، وما دام الموصى لم يرجع عنها فتظل قائمة تعمل عملها بعد وفاته .

أما القانون فقد شرط فى الوصى أن يكون من أهل التبرع قانوناً وهو يتضمن اشتراط الرشد فوق اشتراط البلوغ والعقل كما جاء بالمادة الخامسة (١) .

وبهذا يكون قد أبطل وصية غير المميزين من مجانين ومعاتية وصبيان صغار كما منع وصية غير البالغ من الصبيان المميزين موافقاً فى ذلك مذهب الحنفية ومن وافقهم .

ولكنه باشتراطه الرشد المحدد له إحدى وعشرين سنة خالف الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة لأنهم لم يجعلوا الرشد شرطاً ، بل صححوا وصية السفية كما سبق ويلاحظ أنه لم يجعله شرطاً لازماً فى جميع صور الوصية ، بل استثنى العاقل المحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة ، والعاقل غير المحجور عليه الذى بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية فأجاز وصيتهما إذا أذنت المحكمة الحسبية بها .

ولعل القانون باستثنائه هذا يكون قد قرب مسافة الخلف بينه وبين المذاهب الفقهية ، فإن المقرر فيها أن وصية البالغ العاقل صحيحة وإن لم يبلغ إحدى وعشرين سنة ، لأن أقصى سن للبلوغ هو ثمانى عشرة سنة للغلام ، وسبع عشرة سنه للفتاة —،

---

(١) ونصها « يشترط فى الوصى أن يكون أهلا للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى »

كما يقول أبو حنيفه — وكذلك وصية السفيه صحيحه بالاتفاق من غير توقف على إذن أحد . .

فإجازته وصية هؤلاء تقربه مما قرره الفقهاء وتجعله متسقاً مع قانون المجالس الحسبية حينئذاك « المحاكم الحسبية فيما بعد » الذى جعل سن الرشد إحدى وعشرين سنة ، وجعل للمحكمة الحسبية أن تأذن لمن بلغ ثمانى عشرة سنة وكان عاقلا أن يتصرف فى ماله تحت إشرافها .

فلو أجاز وصيته بإطلاق كان غير متسق مع هذا القانون ، ولو منعها بإطلاق لكان مبعداً عن المذاهب الفقهية غير متفق مع واحد منها ، ولكنه أجازها مقيدة بإذن المجلس الحسبى للاحتياط فى وصية هؤلاء .

ومع هذا التقريب الذى قصده واضعوا القانون لا يزال بعيداً عن مذاهب الفقهاء فى وصية السفيه ، لأن الحنفية أجازوها إذا كانت بما هو قربة كبناء مسجد أو الإنفاق على ملجأ أو لفقير ، ومنعوها إذا لم تكن كذلك . كالوصية لغني أجنبى وغير الحنفية أجازوها على الإطلاق وجاء هو فقيدها بالإذن مطلقاً . مع أن هذا التقييد قد يفوت عليه مصلحته فى الإيصاء إذا كان فى مرضه الأخير ، أو فى سفر بعيد لا يستطيع معه الإستئذان وحصول الإذن

ومع مخالفة القانون للفقهاء فى اشتراط الرشد لصحة الوصية ابتداء فقد وافقهم فى أنه لا يشترط بقاء الرشد لتبقى الوصية صحيحة فإذا ما أنشأ وصية معتبرة ثم عرض له سفه أو غفلة مما يوجب الحجر عليه ظلت هذه الوصية صحيحة مالم يرجع عنها قبل وفاته كما صرحت بذلك المادة — ١٦ — (١)

---

(١) ونصها « لاتبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفة أو للغفلة »
(٢) جـ ٧ ص ٣٣٥

الرضا :

ومما شرطه الفقهاء لصحة الوصية أن يكون راضياً بها لتوفر القصد إلى هذا التصرف وفوات الرضا يكون من المكرة والهازل والخاطىء، يقول صاحب البدائع من الحنفية : (١) ومن الشروط رضا الموصى لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك فلابد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأسباب فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطىء لأن هذه العوارض تفوت الرضا » .

ويلحق بهؤلاء السكران فى بطلان الوصية على الأصح ، لأنه لا قصد له ، ولأن إلزامه بتصرفاته فيما إذ سكر بمحرم عقوبة له — كما يذهب جمهور الفقهاء — لا يظهر له وجه فى وصيته حيث لا ضرر يلحقه منها ، وإنما الضرر يلحق بورثه بعد وفاته .

والقانون ، أبطل وصية هؤلاء لعدم توافر ما شرطه ، وهو أهلية التبرع قانونا .

جاء فى مذكرته التفسيرية عند توضيح المادة الخامسة « ويشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع بأن يكون عاقلا بالغاً راضيا فلا تصح وصية الصبى والمجنون والمعتوه ومن ذهب عقله بسكر أو غيره ، ولا وصية المكره والمخطىء والهازل لفوات شرط الرضا وهذا مذهب الحنفية » .

هل الإسلام شرط لصحتها ؟

لا يشترط فى الموصى أن يكون مسلماً لأن الوصية كما تكون قربة يتقرب بها الإنسان إلى ربه ، تكون صلة يصل بها الشخص قريباً له أو صديقا عزيزاً عليه ، ومن هنا صحت الوصية من المسلم وغير المسلم لمن اتحد معه فى دينه ومن خالفه فى دينه متى توفرت له الشروط السابقة غير أن وصية غير المسلمين تختلف فى بعض صورها عن وصايا المسلمين فاحتاج الأمر إلى شىء من التوضيح .

---

(١) جـ ٧ ص ٣٣٥ .

وصية غير المسلم :

وصية غير المسلم تختلف أحكامها تبعاً لاختلاف موطنه الذى يعيش فيه لأنه إما أن يكون موجوداً فى دولة إسلامية يعيش فيها عيشة دائمة ، متجنساً بجنسيتها بحيث يصبح من رعاياها ، ويسمى فى عرف الفقهاء « بالذمى » وإما أن يكون دخلها بأمان ليعيش فيها مدة محدودة من غير أن يكتسب جنسية ولا رعوية . كالجاليات الأجنبية غير الموجودة عندنا فى مصر ، ويسمى هذا فى عرف الفقهاء « بالمستأمن » ، وإما أن يكون فى بلده الذى ليس بينه وبين دار الإسلام عهد ولاأمان ويسمى « حربياً »(١)

فالذمى مقيد فى وصيته بما قيد به المسلم بناء على قاعدة التساوى فى المعاملة « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » لا يخرج عن ذلك إلا جواز وصيته لما هو قربة فى دينه دون الإسلام . كالوصية للكنائس مثلا ، لأن شرط الجهة التى تصح وصيته لها فى نظر القانون « ألا تكون محرمة فى شريعته وفى الإسلام معاً » كما سيأتى توضيحه .

وبناء على ذلك تجوز وصيته لما هو قربة فى الشريعتين . كالوصية للملاجىء والفقراء والمصحات ، وما هو قربة فى نظر الإسلام . كالمساجد وغيرها ، وما هو قربة فى دينه فقط . كالكنائس ، وما يتعلق بإقامة شعائرهم ، كما تصح وصيته المسلم والذمى والمستأمن ، كما يصح ذلك من المسلم ، وتصح وصيته للحربى إذا توفر الشرط الذى شرطه القانون ،وهو أن تكون شريعة الموصى له لا تمنع الوصية لمثل الموصى .

هذا فى نظر القانون . أما فى نظر الفقهاء فلهم تفصيلات نعرض لها عند الكلام على شروط الموصى له .

---

(١) جاء فى المذكرة التفسيرية إشارة لهذا التقسيم « المراد بغير المسلم ما هو أعم من الوطنى والأجنبى فى دار الإسلام ، والحربى فى دار الحرب»

وإذا كان له ورثة أخذت وصيته حكم وصية المسلم من أنها تنفذ فى مقدار الثلث ، وتتوقف فيما زاد عليه على إجازة ورثته مراعاة لحقهم المقرر فى ذلك .

وأما وصية المستأمن : فتأخذ حكم وصية الذمى لأنه ما دام فى دارنا يكون كالذمى فى المعاملات ، فتصح وصيته للمسلم ، والذمى والمستأمن ، ولأى جهة ما لم تكن محرمة فى شريعته وفى الإسلام معاً .

وإذا أوصى لمسلم أو لمستأمن مثله بأكثر من الثلث ومات وهو عندنا فإن وصيته فيما زاد تتوقف على إجازة ورثته إذا كانوا معه ، لأن الأمان شامل لهم ، وهو حفظ دمائهم وأموالهم ، وحق الإرث ثابت لهم فى هذه الحالة لعدم المانع منه .

فإذا كانوا فى بلده حين الموت نفذت الوصية من غير توقف على إجازتهم لأنه لاحق لهم فى هذا المال الموجود عندنا ، لأن حرمة ماله مصدرها الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته ، ولا إرث مع اختلاف الدار هذا هو مذهب الحنفية (١) .

ولكن القانون لم يسر مع هذا المذهب بناء على أن اختلاف الدار غير مانع من الميراث إلا فى صورة ما إذا كان قانون البلد الآخر يمنع إرث من كان عندنا من قريبه عندهم .

وعلى هذا يتوقف نفاذ وصية المستأمنين بأكثر من الثلث على إجازة ورثته الموجودين فى بلده الأصلى إلا إذا كان قانون هذا البلد يمنع التوارث فإنها تنفذ من غير توقف لانعدام حق الورثة فى هذا المال .

وخلاصة الكلام : أن وصية المستأمنين فيما زاد على الثلث تتوقف على إجازة

---

(١) راجع تبيين الحقائق جـ ٦ ص٢٩٦ ، ورد المحتار لابن عابدين جـ٥ ص ٦٨٣ والبحر الرائق جـ ٨ ص ٢٥٠ .

ورثته فى صورتين الأولى : إذا كانوا معه فى دارنا بأمان ، والثانية إذا كانوا فى بلده ، وكان قانونها يبيح توارث الأجنبى من قريبه فيه ، وفيما عدا هاتين الصورتين لا تتوقف .

وأما الحربى : وهو غير المسلم التابع فى رعويته لدولة غير إسلامية ، ولا يقيم فى دولة إسلامية فلا شأن لنا بوصيته ، كما لا شأن لنا بجميع تصرفاته حيث لا سلطان للاسلام عليه فى هذه الحالة ، فإذا انتقل إلى دار الإسلام ومكن من الإقامة بها أصبح مستأمناً تأخذ وصيته الحكم الذى قررناه فى وصية المستأمن فإذا جاءنا بعد أن أوصى بوصايا ، ثم حصل فيها نزاع وترافعوا إلينا فإنا نطبق عليهم حكم الإسلام فيها (١) ، فلو كانت وصيته بمعصية لا تنفذ . كما لو كانت لمسلم بخمر مثلا .

وصية المرتد .

المرتد هو الذى خرج عن دين الإسلام وهو عاقل من غير إكراه ، والردة تكون من الرجل والمرأة . وفقهاء الحنفية متفقون على أن وصية المرتدة صحيحة نافذة لبقاء ملكها بعد الردة ، وهى لا تستحق القتل على ردتها بل تستتاب ، فإن أبت الرجوع إلى الإسلام حبست .

وأما المرتد فيرى أبو يوسف ومحمد أن وصيته صحيحة نافذة ، لأن الردة لا تزيل ملكه ، بل يبقى إلى أن يموت موتاً طبيعياً أو يقتل أو يلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقه .

وأبو حنيفة يرى أن وصيته تقع غير صحيحة لورودها على مال غير مملوك له

(١) فى حواشى الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٤٣ ، إن ثمرة الحكم بصحة وصية الكافر لكافر مثله هو لحكم بإنفاذها إذا ترافعوا إلينا ؛

لأن بالردة يزول ملكه زوالا موقوفاً حتى يتقرر مصيره ، فإن عاد إلى الإسلام عاد إليه ملكه ، وإن مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب تقرر زوال ملكه من حين الردة ، فتبطل تصرفاته التي صدرت منه بعد ردته - وسيأتي توضيح لذلك عند الكلام على مبطلات الوصية - ويرى الإمام أحمد صحة وصية المرتد .

والقانون لم يعرض لوصيته ، بل حذف منه النص الخاص بها ، بدليل ماجاء في المذكرة التفسيرية « من أن صحة وصية المرتد ونفاذها ولو مات على ردته مذهب الصاحبين ، وهي كوصايا غير المرتدين ، فتصح للمسلم وغير المسلم من الوطنيين والأجانب في دار الإسلام أو دار الحرب ، كما تصح للمرتدين وفقاً لما يقتضيه مذهب الحنفية وأحمد . والمراد بالمرتد في المادة ما يشمل المرتدة » .

وحينما يسكت القانون عن حكم وصية من الوصايا يعتبر إحالة على الراجح من مذهب الحنفية وهو هنا قول الصاحبين .

واشترط الفقهاء لنفاذ الوصية ألا يكون الوصي مديناً بدين مستغرق لتركته .

فإن كان مديناً بدين كهذا توقفت وصيته على براءة ذمته من الدين .

وصية المدين

الوصية في أصل إنشائها لا تتنافى مع الدين ، فالمدين إذا أنشأ وصية وقعت صحيحة مادامت مستوفية لشرائطها ، ولا يظهر له أثر إلا عند تنفيذها بعد وفاة الموصي ، وهنا يختلف الحكم باختلاف الصور ، لأن الدين إما مستغرق للتركة . بأن يكون مساوياً لها أو أكثر منها ، وإما غير مستغرق . فيما إذا كانت قيمته أقل منها ، كما أن الوصية قد تكون بمعين تعلق به حق للدائن بأن يكون مرهوناً له ، وقد تكون بغيره . كالشائع في المال كله أو في نوع منه . ولا خلاف بين الفقهاء في أن أداء الدين أياً كان نوعه مقدم على الوصية .

فإن كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية فى ثلث الباقى بعد الدين إن وسعها، وإلا نفذت فى مقدار الثلث، وتوقفت فى الزائد على إجازة الورثة، أو على براءة ذمة الموصى من بعض الدين أو كله.

فإذا كانت قيمة التركة أربعة آلاف جنيه، وقيمة الدين ألفا نفذت الوصية فى حدود الألف من غير توقف، وتوقفت فى الزائد عليه على إجازة الورثة، أو على براءة ذمة الموصى. ولو كان الموصى به معيناً بذاته. كقطعة أرض معينة، وكان الدين متعلقاً بهذه العين. كأن تكون مرهونة للدائن بدينه قبل وفاة الموصى، أو كان له عليها حق اختصاص واختار صاحب الدين استيفاء دينه من تلك العين فإن حقه مقدم على حق الموصى له، لأن حقه تعلق بها حال حياة الموصى قبل أن يتعلق بها حق الموصى له الذى لا يثبت له حق إلا بعد وفاة الموصى. فإذا استوفى الدائن دينه منها أخذ الموصى له باقيها إن بقى شىء، ثم يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث مايبقى من التركة بعد وفاة الدين.

فإذا كانت قيمة العين الموصى بها خمسمائة جنيه مثلا. وبقى منها بعد استيفاء الدين ماقيمته مائتان فإن الموصى له يستوفى الثلاثمائة من التركة بشرط أن يكون باقى التركة بعد أداء الدين يساوى ألفاً وخمسمائة، ولا توجد وصية غيرها، فإن كان أقل استوفى حقه فى حدود الثلث فقط، وتوقف فى الباقى إما على الإبراء من بعض الديون أو على إجازة الورثة.

وإذا كان الدين مستغرقا للتركة وتمسك الدائنون بحقهم ولم يؤد أحد عن الميت هذا الدين فإن الوصية لاتنفذ فى هذه الحالة سواء كانت واجبة أو غير واجبة لأن حق الدائنين مقدم عليها بالاتفاق، فإذا أبرأ الدائنون الموصى من كل دينهم أو بعضه نفذت الوصية فى حدود ثلث ماأبرىء منه، وكذلك إذا تبرع متبرع بأداء ماعليه كله أو بعضه.

هذا ماقرره الفقهاء فى وصية المدين ، والقانون لم يخالف هذه الأحكام ، بل جاء موافقاً لما فى المادتين ـ ٣٨ ، ٣٩ (١) .

المبحث الثالث

فى

شروط الموصى له

الوصية فى أصل تشريعها مبنية على التسامح والتيسير ومخالفة القواعد ، فهى وإن كانت تمليكا إلا أنها لم يلاحظ فيها قواعد التمليك كلها .

ولها صور عديدة ، فتارة تكون لشخص أو لأشخاص ، وأخرى تكون لجهة أو لجهات ، والأشخاص إما معينون أو غير معينين ، موجودون عند إنشاء الوصية أو غير موجودين ، محصورون أو غير محصورين ، تجمعهم بالموصى ديانة واحدة أولا لهم جنسية واحدة أولا كما تقع للوارث ولغير الوارث ، وقد يحدث أن يتعجل الموصى له التمليك فيقتل الموصى أو يتسبب فى قتله .

وهذه الصور منها الصحيح وغير الصحيح ولا يعرف ذلك إلا بالوقوف على الشروط التى شرطها الفقهاء فى الموصى له لتصح الوصية أو لتبقى صحيحة . وهى

---

(١) ونصها مادة ٣٨ ـ « تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه ، فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق . نفذت الوصية فى الباقى بعد وفاء الدين » .

مادة ـ ٣٩ ـ « إذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقى من التركة بعد وفاء الدين .

عدة شروط متفق على بعضها ومختلف فى بعضها الآخر ، والقانون يتخير من ذلك مايراه محققاً للمصلحة متفقاً مع حاجات الناس .

وإليك هذه الشروط .

الاول : ألا يكون الموصى له جهة معصية لأن الوصية شرعت لتكون قربة أو صلة فإذا كان الموصى له جهة معصية لم يتحقق شىء من ذلك .

ولما كانت الوصية تصح من المسلم وغير المسلم — كما سبق — والمعصية تختلف باختلاف الأديان لذا اختلف المراد بهذا الشرط بإختلاف ديانة الموصى .

فإذا كان الموصى مسلما أريد بها المحرمة فى نظر الإسلام سواء اتفقت الأديان معه على تحريمها أولا .

فلا يصح للمسلم أن يوصى لجهة حرمتها الأديان كلها كدور اللهو المحرم وأندية القمار والنياحة على الموتى وما شا كل ذلك .

كما لا يصح منه الإيصاء للكنائس والمعابد التى يتعبد فيها غير المسلمين لأن هذه لاتعتبر قربة فى عقيدته .

وهذان النوعان اتفق الفقهاء على عدم صحة الوصية فيهما وبه أخذ القانون وقد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة فى ذاتها ، ولكن الباعث على الوصية محرم . كالوصية لأهل الفجور ليستعينوا بها على فجورهم ، والوصية لخليلته لتبقى على علاقته الآثمة بها . فإن الوصية هنا تمليك لمن هوأهل للتمليك وهم الأشخاص ، ولكن الباعث عليها محرم ، وهو إعانتهم على ما هم فيه مما حرمه الشارع

فى هذه الوصية اختلف الفقهاء ، فمنهم من يرى صحتها ، لأن المعتبر فى التصرفات إنما هو الإرادة الظاهرة ولا اعتبار للنوايا والقصود ما لم يوجد فى الكلام ما يدل على ذلك الباعث .

ومنهم من أبطلها . لأن المعتبر هو القصود . فالعقد يبطل إذا قصد به عاقده أمراً ممنوعا شرعاً أو قصد به تغيير ما شرعه الله متى ظهر ذلك بأى قرينة تدل عليه (١) .

وبالرأى الثانى أخذ القانون فشرط لصحة الوصية : ألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع كما شرط ألا تكون بمعصية . كما صرحت بذلك المادة الثالثة فى فقرتها الأولى (٢) .

وعلى هذا تصح وصيته لما هو قربة فى نظر الأديان جميعها . كالوصية للفقراء والمحتاجين مسلمين أو غير مسلمين ، والوصية للملاجىء والمصحات وما شاكلها أو فى نظر الإسلام فقط . كالوصية للمساجد ومساعدة الحجاج وسائر الشعائر الإسلامية بشرط ألا يكون الباعث له على الوصية يتنافى ومقاصد الاسلام .

وأما إذا كان الموصى غير مسلم (١) فيشترط فى نظر القانون أن تكون الجهة غير محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية ، كما صرحت بذلك الفقرة الثانية من المادة الثالثة (٢) وعلى هذا تصح وصيته لما هو قربة فى شريعته وفى الإسلام معا كجهات البر العامة مثل المصحات والملاجىء والفقراء من المسلمين وغيرهم ، ووصيته لبيت المقدس ؛ كما تصح لما هو قربة فى نظر الإسلام فقط كالمساجد

---

(١) راجع بحث العقد بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من كتابنا المدخل ص ٣٤٦ وما بعدها

(٢) ونصها « يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع »

(١) المراد بغير المسلم ماهو أعم من الوطنى والأجنبى فى دار الإسلام والحربى فى دار الحرب . كما جاء بالمذكرة التفسيرية

(٢) ونصها « وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية .

وسائر الشعائر الإســــلامية ، أو فى شريعته فقط كدور العبادة الخاصة بهم وشعائر دينهم .

وتبطل وصيته لما هو محرم فى دينه وفى الإسلام . كالوصية لأندية القمار والنياحة ودور اللهو المحرم .

والقانون فى هـذا موافق لمذهب الحنفية [1] إلا فى الوصية بما هو قربة

---

(١) وصايا أهل الذمة فى مذهب الحنفية ثلاثة أنواع ـ الأول جائز بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه ، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عند المسلمين وعندهم سواء كان لقوم معينين أو لا ـ والثانى باطل بالاتفاق ، وهو ما إذا أوصى بما ليس قربة عندنا وعندهم أو بما هو قربة عندنا فقط كبناء المساجد للمسلمين ، وعلل ذلك صاحب البدائع بأنهم لايتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئا فى وصـــيته والوصــــية يبطلها الهزل والاستهزاء ، واستثنوا من ذلك ما إذا كانت الوصية لقوم بأعيانهم فإنها تصح على أنها تمليك لا على أنها قربة ـ والثالث مختلف فيه ، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم فقط كبناء الكنيسه لغير معينين فيجوز عند الإمام ، لأنه قربة فى اعتقـادهم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون . وعند الصاحبين لايجوز لأن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية فى نظر الإسلام والوصية بالمعاصى لاتصح ، وإن كانت الوصية بذلك لمعينين جازت إجماعا على أنها تمليك . . راجع البدائع ج ٧ ص ٣٤١ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج٦ ص٢٠٥ ، ورد المختار لابن عابدين ج٥ ص٦٨٣ فى فصل وصايا الذمى وغيره .

ومن هذا يتبين أن القانون لم يخالف مذهب الحنفية إلا فى صورة واحدة وهى ما إذا أوصى غير المسلم بما هو قربة فى نظر الإسلام لقوم غير معينين : أخذ حكمها من مذهب الشافعى . لأن الشرط فى صحة الوصية عنده عدم كونها معصية ولامكروهة لذاتها . كما جاء فى نهاية المحتاج بشرح المنهاج ج٧ ص٤ وما بعدها « وإذا أوصى لجهة عامة فالشرط ألا تكون معصية ولا مكروها لذاته ، وكذلك إذا أوصى لغير جهة يشترط عدم المعصية والكراهة أيضاً ، ثم قال : وشمل عدم المعصية القربة . كبناء مسجد ولو من كافر .

عند المسلمين فقط ، فإن حكمها مأخوذ من مذهب الشـــافعي كما جاء بالمذكرة التفسيرية .

الثاني : أن يكون الموصى له معلوماً، على معنى ألا يكون مجهولا جهالة لا يمكن رفعها ..

بأن يكون معيناً باسمه . كفلان بن فلان ، أو بالإشارة اليه . كأوصيت لهذا الشخص ، أو لهذا المسجد أو لحمل هذه المرأة ، أو بتعريفه بالوصف . كطلبة الجامعة أو فقراء هذه المدينة .

فإذا كان الموصى له مجهولا جهـالة لا يمكن إزالتهـا . كما لو أوصى لطالب من طلبة الأزهر أو الجامعة ، أو لإبراهيم ولم يبين إسم أبيه كانت الوصية باطلة ، لأنها تمليك والتمليك للمجهول جهالة تامة لا يمكن إزالتها لا يصح ، وهذا الشرط أخذ به القانون في مادته السادسة (١) وهو موافق لمذهب الحنفية في جملته (٢).

---

(١) ونصها « يشترط في الموصى له :
١ ـ أن يكون معلوماً ٢ ـ أن يكون موجوداً عند الوصـية ان كان معيناً .
فإن لم يكن معينا لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصى وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة ـ ٢٠ »

(٢) مذهب الحنفية في الوصية للمعرف بالوصف أنها لاتصح إلا إذا كان في اللفظ الدال على إنشائهـا ما ينبيء عن حاجـة الموصى لهم . كلفظ الفقراء أو المحتـاجين أو المعوزين أو من فقدوا عائلهم :
فإن خلا اللفظ عن ذلك لا تصح الوصية للجهالة في الموصى لهم التي لا يمكن معها تسليمهم الموصى به . وإنما صححوا الصورة الأولى لأنها في معنى الصدقة وهي تملك أولا لله تعالى ثم يتملكها المحتاجون بتمليك الله لهم
وغير الحنفية لم يقيدوا هذا التقييد بل صححوا الوصية مادام الموصى له معرفا ـ

الثالث : أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالاسم أوبالإشارة

وهذا باتفاق المذاهب لأن كونه معيناً بالإسم أو بالإشارة لا يتصور بدون وجوده حين الوصية . والوجود هنـا أعم من الوجود الحقيقى ، والوجود التقـديرى كما فى الحمل المعين .

وأما إذا كان غير معين بل معرفا بالوصف كالطلبة الغرباء أو المحتاجين من طلبة الجامعة ففيه خلاف الفقهاء

فالجمهور يشترطون وجوده عند وفاة الموصى ، لأن الوصـية تمليك ، والتمليك للمعدوم لا يجـوز ، ألا ترى أن الميراث يثبت لمن كان موجـوداً عند وفاة المورث دون المعدوم فالوصية كذلك لأنها أخت الميراث .

والمالـكية (١) لم يشرطوا وجوده لا وقت إنشاء الوصية ولا وقت موت الموصى فصححوا الوصية للمعدوم الذى سيوجد فى المستقبل ولو بعد وفاة الموصى بزمن طويل

= بوصف يميز سواء ذكر فى لفظ الوصية ماينبىء عن الحاجة أولا والقانون أطلق فى عبارته فيكون قد خالف مذهب الحنفية فى صورة عدم ذكر ماينبىء عن الحاجة .

(١) بل إنهم جوزوا الوصية للميت الذى علم الموصى بموته .

جاء فى شرح الرسالة للنفراوى ج٣ ص٣. الموصى له وهو من يصح تملكه للموصى به شرعاً حالا أو مآلا ولو حكماً فيدخل الإيصاء للحمل ويستحق إن استهل ، وإلا بطلت ، وغلة الوصية قبل استهلاله لورثة الموصى ، وتصح للميت حيث علم الموصى بموته وتصرفه فى دينـه إن كان عليه دين ، أو تدفع لورثته ، وأما إن لم يعلم بموته فتكون باطلة ، وعلة التفرقة عندهم بين الصورتين أنه لما أوصى لمن علم بموته يكون قصده تسديد ما عليه من الديون ، أو إعطاء ورثته بخلاف صورة جهله بموته فإنه لم يقصد إلا إعطاءه هو بنفسه .

كالوصية لابن فلان الذى سيولد له . والوصية للمسجد الذى سيبنى ، وإنما صححوا ذلك تيسيراً على الناس فى وصاياهم ، لأنها فى تشريعها مبنية على التساهل وتخالف بقية أسباب التمليك فى كثير من الأحكام

والقانون أخذ بمذهب المالكية فلم يشترط وجود غير المعين كما صرحت به المادة السادسة .

الرابع : ألا يكون الموصى له قاتل الموصى .

والقتل قد يحدث بعد الوصية . بأن يوصى شخص لآخر ثم يقتل الموصى له الموصى ، وقد يحدث قبلها . كما إذا ضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصى المضروب للضارب وبعد الوصية يموت بسبب الجرح السابق.

وللفقهاء فى تأثير القتل فى الوصية آراء مختلفة . بنى الاختلاف فيها على الخلاف فى صحة حديث ورد فى ذلك مع تعارض شبهها بالهبة والميراث ، فمن لاحظ شبهها بالهبة قال : إنها لا تتأثر بالقتل ، فلا يكون عدمه شرطا . ومن لاحظ شبهها بالميراث قال : إنها تتأثر به ، فيكون عدمه شرطا فيها .

والقائلون بالتأثر مختلفون فى مدى هذا التأثر . أيكون فى سائر صورها أم فى بعضها فقط ؟ والتأثير فى صحتها فتكون باطلة معه ، أم فى نفاذها ، فتكون صحيحة موقوفة على إجازة الورثة ؟

واليك خلاصة هذه الآراء

الرأى الاول : أن الوصية لا تتأثر بالقتل مطلقاً سواء تقدمت عليه أوتأخرت عن سببه ، لأنها تمليك بعقد كالهبة فلا يؤثر فيها القتل كما لا تتأثر الهبة به ، ولأن الوصية تصح للكافر ، ولن يكون القتل أشنع من الكفر .

وإلى هذا ذهب الشافعية فى أرجح الأقوال عندهم (١) والحنابلة فى أحد أقوالهم فلا يكون عدم القتل شرطاً فى الوصية .

الرأى الثانى : أن القتل يؤثر فى الوصية عمداً كان أو خطأ استناداً إلى حديث يروى وهو « لا وصية لقاتل » فهذا الحديث يدل على منع الوصية للقاتل ، والمنع شامل لما اذا كانت الوصية سابقة على القتل أو لاحقة له ، ولأن القتل فى بعض صوره استعجال للحق قبل أوانه فيعاقب بحرمانه كما فى الميراث .

وإلى هذا الرأى ذهب الحنفية ،وهو أحد الأقوال عند الحنابلة فيكون عدم القتل شرطاً فيها ، إلا أنهم اختلفوا فى شرطيته . أهو شرط فى صحتها فتكون باطلة معه فلا تصح بإجازة الورثة ، كما يقول أبو يوسف والحنابلة . لأن المنع للجناية وهى باقية لا ترفعها إجازة الورثة . أو هو شرط لنفاذها فتقع صحيحة موقوفة على إجازتهم ، لأن المنع لحقهم دفعاً للغيظ عنهم حتى لا يشاركهم فى مال مورثهم من قتله ، ولأن نفع بطلانها يعود إليهم : كما يقول أبو حنيفة ومحمد(١) فإذا أجازوها أو لم يكن له وارث نفذت . .

والرأى الثالث : يفصل بين ما إذا حدث القتل بعد الوصية فيبطلها وبين ما إذا حدث سببه قبلها فلا يمنع صحتها وهو الراجح عند الحنابلة كما يظهر من كلام

---

(١) راجع نهاية المحتاج بشرح المنهاج وحواشيه ج٧ ص ١٤ والمغنى ج٦ ص ١١١

(٢) راجع تبيين الحقائق للزيلعى ج٦ ص ١٨٢ وما بعدها ، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة والمغنى .

صاحب المغنى والراجح عند المالكية(١) .

أما بطلانها فيما إذا حصل القتل بعدها فلأن الظاهر أن القاتل استعجل الملك بالوصية فيعاقب بالحرمان كما فى الميراث . وأما عدم بطلانها فى الصورة الثانية فلأن ظاهر حال الموصى أنه أراد الإحسان لمن ضربه ، والوصية أصلها تنشأ باختياره وإرادته فيجب احترام إرادته بإبقاء وصيته صحيحة ، ولا يوجد نص شرعى صحيح يمنع صحة هذه الوصية ، لأن الحديث المروى فيها ضعيف جداً (٢) .

وهذا الرأى أقرب إلى الفقه وأسلم من ناحية الدليل . . لأن الوصية السابقة على القتل طرأ عليها ما يبطلها بخلاف المتأخر عنه . .

وكما اختلف الفقهاء فى أصل الاشتراط اختلفوا فى تحديد القتل المؤثر فى الوصية . .

فالحنفية يقولون : إنه القتل المباشر بغير حق عمداً كان أو خطأ ، وضبطه

---

(١) مذهب المالكية أن الوصية إذا وقعت بعد الضربة وعرف المقتول قاتلة فلا تبطل الوصية سواء كان الضرب عمداً أو خطأ ،وتؤخذ الوصية من ثلث التركة وثلث مال الدية فى القتل خطأ ، ومن أصل مال المتوفى فى القتل عمداً .

وإذا وقعت الوصية قبل الضرب ثم ضربه الموصى له فأماته فإن الوصية تبطل سواء عرف القاتل ولم يغير الوصية أولا على الرأى الراجح عندهم . وفى رأى آخر إذا علم بالقاتل ولم يغير الوصية لا تبطل : كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج٢ ص٤٤١ .

(٢) نقل صاحب نصب الراية ج ٤ ص٤٠٢ وما بعدها عن الدار قطنى أنه قال إن هذا الحديث من رواية مبشر بن عبيد وهو متروك يضع الحديث، وكذلك قال عنه البيهقى.

وفى تكملة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للإمام زيد بن على ص١٠٧ إن إسناد هذا الحديث ضعيف جداً كما قاله ابن عبد الحق وابن الجوزى . وقال البخارى فى راوية مبشر بن عبيد الحمصى إنه منكر الحديث ، وقال أحمد عنه يضع الحديث .

بعضهم بأنه القتل الموجب للقصاص أو الكفارة مع الدية [١] » ، وأما القتل غير المباشر . وهو القتل تسبباً فلا يؤثر فيها وإن كان صاحبه متعمداً . لأنه لا يسمى قتلا حقيقة فى نظرهم .

والحنابلة يتفقون معهم فى أن القتل المؤثر هو الذى يوجب عقوبة مالية أو غير مالية . سواء كان عمداً أو خطأ ويخالفونهم فى القتل تسبباً فيجعلونه مانعاً لأنه موجب للدية .

والمالكية جعلوه القتل العمد العدوان أعم من أن يكون مباشرة أو تسبباً .

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن القتل بحق . كالقتل قصاصاً أو حداً لا يؤثر فى الوصية ، ، وكذلك القتل بعذر شرعى . كالقتل دفاعاً عن النفس أو المال متى تعين طريقاً للانقاذ .

والقانون أخذ أحكامه من هذه المذاهب الثلاثة ملاحظاً فى ذلك ما سبق تقريره من أحكام القتل فى قانون الميراث ، وما تقرر فى قانون العقوبات من بيان الأعذار المسقطة للعقوبة أو المخففة لها .

فنراه يقرر فى مادته السابعة عشرة [٢] أن القتل المؤثر فى الوصية هو القتل العمد

---

(١) هذا الضابط يشمل أربعة أنواع من أنواع القتل عندهم هى القتل العمد ،وشبه العمد ، وما أجرى مجرى الخطأ ، ولم يخرج عنه إلا القتل تسبباً .

(٢) ونصها «يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية، أو الوصية الواجبة قتل الموصى له أو المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا أم شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى»

العدوان سواء كان مباشرة أم تسبباً . وسواء انفرد الموصى له بالقتل أو اشترك مع غيره : بعد أن يكون القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشره سنة ، وليس له عذر مشروع فى ذلك .

ويدخل فى القاتل تسبباً الآمر بالقتل ، والمحرض عليه ، والدال على المقتول ، والربيئة « وهو من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل » ، وواضع السم ، وشاهد الزور الذى أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه . فأخذ حكم العمد العدوان المباشر بغير حق مما اتفقت عليه تلك المذاهب ، وحكم التسبب عمداً من مذهبي المالكية والحنابلة ، وتفصيل صور التسبب من مذهب الحنابلة وهذا حسن لأن فاعله قصد القتل بفعله فيكون كالمباشر ، فإن شاهد الزور الذى يعلم مقدماً أن شهادته توصل إلى الحكم بإعدام من شهد عليه يكون قاصداً إهلاك المشهود عليه ، وكذلك واضع السم فى الطعام وغير ذلك من الطرق الموصلة إلى القتل عادة .

وأخذ شرط البلوغ خمس عشرة سنة من مذهب الحنفية ، وكذلك العقل ، وصحح الوصيه للقاتل خطأ عملا بمذهب المالكية ، وعمم حكم بطلان الوصية سواء أجازها الورثة أولا عملا بمذهب أبي يوسف . .

ومن هنا نستطيع أن نقول : إن القتل يؤثر فى الوصية فى نظر القانون بشروط ثلاثة .

= ومن يقرأ المادة الخامسة من قانون الميراث يجدها متفقة مع هذه المادة فى تصوير القتل المانع من الميراث ونصها «ومن موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي » .

١ — أن يكون القاتل عاقلا بلغ من العمر خمس عشرة سنة ، فلو كان مجنوناً أو صغيراً لا تبطل الوصية له ، لأن بطلان الوصية بمثابة العقوبة للقاتل فلا يستحقها إلا من كان أهلا لها .

٢ — أن يكون القتل عمداً عدواناً بغير حق « مباشرة أو تسبباً » فإن كان بحق كالقتل قصاصا بأمر الحاكم لا يكون مبطلا للوصية لأن القاتل منفذ فقط فلا يستحق العقوبة ، وإلا لتعطلت الأحكام ، ومن القتل بحق القتل بسبب البغى والخروج على جماعة المسلمين على الرأى الراجح .

٣ — ألا يكون القتل بعذر ، فإن كان بعذر كقتل الزوج زوجته إذا فاجأها مع الزانى ، وكقتل الشخص كل ذات محرم منه إذا فاجأها مع الزانى كذلك ، فالأب الذى يقتل ابنته والأخ الذى يقتل أخته فى هذه الحالة يكون معذوراً فلا يحرم من وصية من قتلها . .

ومن الأعذار حالة الدفاع عن النفس أو المال إذا تعين القتل طريقاً له [١] ، وإذا كان الدفاع مشروعاً وهو غير مضبوط بضابط خاص فالتجاوز فيه يكون عذراً كذلك فلا يبطل القتل معه الوصية ، وغير ذلك من الأعذار المنصوص عليها فى قانون العقوبات .

فإذا اختل شرط من هذه الشروط لم يكن للقتل أثر فى الوصية . .

الخامس ألا يكون الموصى له وارثاً : وهذا شرط مختلف فيه بين الفقهاء على مذاهب ثلاثة .

---

(١) كما هو مفصل فى قانون العقوبات فى المواد ٢٤٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٩ .

المذهب الأول : أنه شرط لصحتها ، فلو أوصى لوارث وقعت الوصية باطلة من أول الأمر ، فلا تلحقها إجازة أصلا وإن حصلت من باقى الورثة تكون هبة مبتدأة ، فيلاحظ فيها شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض إلى غير ذلك ، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر والمزنى من الشافعية ، وبعض المالكية وبعض الحنابلة (١) .

وسند هؤلاء حديث « لا وصية لوارث » فإنه يفيد بظاهره نفى الصحة ، لأن النفى يتوجه أولا إلى الذات لأنه الحقيقة ، فإذا تعذرت الحقيقة يحمل الكلام على أقرب مجاز وهو نفى الصحة ، فيكون معناه لا وصية صحيحة لوارث ، فلا يترتب عليها أثرها الشرعى ، وما دامت الوصية وقعت غير صحيحة لا تعمل الإجازة فيها شيئاً

ويرد على هذا الاستدلال أنه قد ورد فى بعض روايات الحديث زيادة تدل على صحة الوصية ففى بعض طرقه « إلا أن يجيزها الورثة » أو « إلا أن يشاء الورثة » فهذا الاستثناء دليل على أن الصحة ليست منتفية . بل المنفى شىء آخر وراءها وهو النفاذ .

المذهب الثانى : أنه شرط لنفاذها . فتقع الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقى الورثة ، إن أجازوها نفذت وإلا بطلت . . وهو مذهب جمهور الفقهاء الحنفية وأكثر المالكية، وظاهر مذهب أحمد والشافعية، لأن الوصية للوارث تصرف من أهله فى محله فيصبح كسائر التصرفات ، وكالوصية للأجنبى ، ويؤيد ذلك

---

(١) راجع المغنى جـ٦ صـ٦ ؛ وبداية المجتهد لابن رشد جـ٢ صـ٢٨٨ ؛ والمحلى لابن حزم جـ٩ ص٣١٦ . . وفيه وتقع باطلة فإذا أجازها الورثة كانت هبة مبتدأة .

ما ورد فى بعض روايات الحديث من زيادة « إلا أن يجيزها الورثة » فإنها تدل على أن أصل الوصية ، صحيح غير نافذ ، ونفاذه موقوف على الإجازة . وعلى هذا يكفى فى الإجازة لفظ أجزت أو مضيت أو ما شابه ذلك ، ولا يحتاج ثبوت الملك فيها إلى القبول من الموصى له بعد الإجازة ما دام قد سبق منه قبول الوصية بعد وفاة الموصى ؛ كما لا يحتاج إلى القبض .

ويقولون بعد ذلك : إن آية الوصية منسوخة . إما بآيات المواريث أو بحديث « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث » لأنه حديث مشهور أو متواتر — كما قيل —

والمعتبر فى كونه وارثاً عند هؤلاء هو كونه كذلك وقت الوفاة لا وقت إنشاء الوصية [1] فلو أوصى لشخص وارث ثم وجد من يحجبه عن الإرث وقت الوفاة ، كما لو أوصى لأخيه ولم يكن له ولد ثم ولد له ابن بعد ذلك فإن الوصية للأخ فى هذه الحالة تنفذ من غير توقف على الإجازة ، ولو كان الأمر بالعكس توقفت .

لأن الوصية عقد مضاف إلى ما بعد الموت ، وإنما يتحقق الوجوب له عند الموت ، ولأن المانع صفة الوراثة ولا يعرف ذلك إلا عند الموت ، لأن من شرطها أن يكون الوارث حياً بعد موت المورث .

المذهب الثالث : أن هذا ليس شرطاً لا فى صحة الوصية ولا فى نفاذها ، بل إن الوصية للوارث تقع صحيحة غير موقوفة على إجازة باقى الورثة . كالوصية للأجنبى ما دامت فى حدود الثلث ، وهو رأى بعض فقهاء الشيعة كالإمامية الاثنا عشرية .

---

(١) يرى ابن حزم أنه يستوى الأمران . كونه وارثاً وقت إنشاء الوصية ثم أصبح غير وارث عند الوفاة . وكونه وارثا وقت الوفاة . لأن الوصية فى الصورة الأولى وقعت باطلة فلا تنقلب صحيحة .

وبعض (١) الزيدية .

وهؤلاء يقولون : إن آية الوصية تفيد مشروعية الوصية للورثة المعبر عنهم فيها بالأقربين ، ومن يأخذ حكمهم بسبب آخر كالزوجية ، وهى لا تزال قائمة ، وليس من السهل تسليم دعوى نسخها ، لأن أسلوبها المؤكد لا يلتئم مع دعوى النسخ « حقاً على المتقين » « فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه ، إن الله سميع عليم » .

وإن الشارع الحكيم إذا شرع حكما مؤقتاً لينسخه بعد حين لا يأتى فى النص المفيد له بما يؤكده ، ويتوعد على مخالفته بالعقاب ، بل ذلك الشأن فى الأحكام الدائمة التى لا تنسخ .

وعلى هذا تكون الوصية المنفية فى حديث « لا وصية لوارث » هى الوصية التى كانت مشروعة للورثة قبل شرعية الميراث لا مطلق الوصية ، فالذى نسخ فى حق الوارث إنما هو وجوب الوصية لا أصل مشروعيتها ، وفيما يستحقه الورثة وهو الثلثان ، لأن سياق الكلام فى آية الوصية مع آيات المواريث يدل على أن المنسوخ هو ذلك ، فيكون معنى الحديث على هذا « لا تصح وصية لوارث من الثلثين إلا أن يجيز الورثة » (٢) .

---

(١) كالهادى والناصر وأبى العباس وأبى طالب فى نيل الأوطار للشوكانى ج٦ ص ٣٥

(٢) ولا يقال . إن هذا المعنى لا يجعل لتخصيص الوارث بالذكر فائدة لاستواء الوارث بالأجنبى فى هذا الحكم ، وهو عدم صحة الوصية من الثلثين إلا بمشيئة الورثة فيتعين إبقاء الحديث على إطلاقه ، وهو عدم صحة الوصية له مطلقا إلا بإجازة الورثة .

لا يقال ذلك لأن المقصود الأول من الحديث هو بيان منع مشروعية الوصية التى كانت واجبة بآية البقرة وجاءت آيات المواريث ببيان قدر المشروع منه فإذا بين مع =

وأما الثلث فهو خالص حق الشخص يضعه كيف شاء لقريب أو بعيد — وارثاً كان القريب أو غير وارث . وإذا كانت الوصية مشروعة ليتداوك بها الإنسان ما فاته فى حياته ، وليصل بها من أراد ، وأباح له الشارع أن يتصدق بها على أجنبى فليس من المعقول أن يحرم من جعلها لقريب لتكون صدقة وصلة فينال بها ثواب قربتين ، أو يجعلها موقوفة على إجازة أحد ، لأن ذلك يكون إلغاء لرغبته ، وتجاهلا لإرادته .

وبهذا الرأى أخذ قانون الوصية فى مادته السابعة والثلاثين فى فقرتها الأولى(١) حيث سوى بين الوارث والأجنبى فى جواز الوصية بالثلث من غير توقف على إجازة الورثة .

وجاء فى مذكرته التفسيرية : أن نفاذ الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث يؤخذ من آية الوصية ، وهو رأى فريق من المفسرين ، ومنهم أبو مسلم الأصفهانى كما قاله فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة . واختير القول بجواز الوصية للوارث لحاجة الناس إليها .

ولقد نقد الكاتبون مسلك القانون هذا حيث عدل من قول جماهير الفقهاء من أهل السنة ، وأخذ بمذهب طائفة من فقهاء الشيعة ، وفيه فتح باب إثارة البغضاء وتوليد العداوة بين الورثة جرياً وراء الحاجة المدعاة التى لم تتبين حقيقتها .

= هذا أنه لا تصح الوصية له فيما يتعلق به حق الورثة إلا بإجازة الباقين اقتضى ذلك منعها لأجنبى بطريق الأولى .

وقد يقال إن وصية فى الحديث نكرة وقعت فى سياق النفى فتعم كل وصية سواء كانت من الثلث أو ما زاد عليه ، والجواب أن قرينة السياق السابقة تدل على تخصيصها .

(١) ونصها « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة» .

وإذا كان لنا أن نوجه النقـد إلى مسلك القانون ، فلا نوجهه اليه من ناحيـة أنه ترك مذهب جماهير الفقهاء من أهل السـنة وأخذ برأى طائفـة من فقهاء الشيعة . وهو رأى مغمور غير مشهور ، وأن سنده ليس بقوى ، لأن سنده - كما ظهر من توجيـه أصحابه له - قوى وواضـح ، وعـدم شهرة الرأى لا تعتبر مطعنا فيه .

وإنما ننقده من ناحيتين . أولا . أنه أخذ رأى هؤلاء ناقصـا . فأخذ منه صحة الوصية للوارث بدون توقف على إجازة الورثة . وترك باقيه . وهو وجوب التسـوية فى الوصـية إذا كانت لأولاده ، أو لفريق من الورثة اسـتووا فى الانتساب اليـه كالإخوة والأخوات والأعمام ، لأن الوصـية نوع من العطية ووجوب التسوية فى العطية بين الأولاد ثابت بالنص ، وفى غيرهم بالقيـاس عليهم . فإن اختلفوا تقسم بحسب الميراث (١)

---

(١) جاء فى تتمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ص ١١٤ ـ بعد ذكر الاستدلال على مشروعية الوصية للوارث ـ ولكن يجب عليه أن يسوى بين أولاده فى الوصية إذ هى نوع من العطية . لحديث النعمان بن بشير أن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال « انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال رسول الله « أكل ولدك نحلته مثل هذا » فقال لا . فقال: فأرجعه» متفق عليه . وفى رواية (اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم فى النحل كما تحبون أن يعدلوا بينكم فى البر) وفى رواية « سووا بين أولادكم فى العطية فلو كنت مفضلا أحداً لفضلت النساء »

وجاء فى ص ١١٥ وليس المراد بالتسوية أنه يجب تقسيم الثلث أو قسط منه بين جميع الورثة على السواء . بل ينظر الميت إلى كثرة الثلث وقلته ويتبع فى ذلك ما فصلته تلك الأحاديث من تقديم الأولى فالأولى ، إلا أنه إذا أوصى للمستويين فى الانتساب اليه من الإخوة والأخوات والأعمام والعمات وجبت التسوية بين كل صنف منهم قياسا على الأولاد ، فإن اختلفوا فاتباع الميراث أظهر

ونحن إذا أنعمنا النظر فى هذا المذهب نجده غير محتاج إلى إجازة باقى الورثة لأن الأجازة يحتاج اليها عند تفضيل البعض على البعض الآخر ، ولا تفضيل مع التسوية .

وإذا لاحظنا وجوب التساوى ولو بين أفراد الطبقة المستوية فى النسبة اليه لا تكون الوصية للوارث موجبة لإثارة البغضاء حتى يقال : إن العمل بهذا المذهب موجب لإحداث الفتن بين أفراد الأسرة الواحدة مثير للبغضاء والشحناء بينهم .

وثانيا : أنه أطلق فى جوازها وكان الواجب عليه أن يقيدها بما إذا وجدت حاجة أو مصلحة تدعو إلى تلك الوصية ، كأن يكون الوارث الموصى له صغيراً أو طالب علم أو عاجزاً عن الكسب ونصيبه من الميراث لا يسد حاجته ، وبقية الورثة كبار قادرون على الكسب .

لو قيدها بذلك لمنع إثارة الشحناء بين الورثة أو خفف منها على الأقل ولأمكننا أن نرجع هذا الرأى إلى مذهب جمهور الفقهاء القائلين بالاستحسان لأن المشرع حينئذ يكون قد استثنى هذه الجزئية من عموم المنع لأجل تلك الحاجة .

هذا ولم يجعل الفقهاء من شروط الموصى له . أن يكون متحدا مع الموصى فى دينه أو فى جنسيته « دولته » ، فصححوا وصية المسلم لغير المسلم وبالعكس . اتحدت جنسيتهما أم اختلفت ، إذا استثنينا بعض صور وقع فيها الخلاف بينهم

وكنت أود ألا أعرض لهذا الخلاف لولا أننى وجدت القانون تأثر به فى بعض ما جاء فيه من أحكام كما أشارت اليه مذكرته التفسيرية ، واليك إجمال

ماقرره الفقهاء (١)

لا نزاع فى صحة وصية المسلم للمسلم مهما اختلف ديارهما وجنسيتهما . لأن رابطة الاسلام لاتفصلها حدود الديار ، كما لا نزاع بينهم فى صحة وصية المسلم للذمى وهو من لم يدخل فى الاسلام وأقام بين المسلمين راضيا بحكمهم . يصافى من صافاهم ، ويعادى من عاداهم بعد دفع الجزية لهم (٢) ، وهذا يكون له ما للمسلمين وعليه ما عليهم ، لأن الوصية فى ذاتها صلة وبر ، وصلة أهل الذمة (٣) غير منهى عنها لقوله تعالى « لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين » «الممتحنة – ٨»

أما الحربى . وهو من لم يكن له ذمة ولا عهد . فإن دخل دار الاسلام بأمان ليقيم فيها مدة محدودة لتجارة أو لغيرها ، ويسمى مستأمنا فوصية المسلم له جائزة فى المذاهب الثلاثة « المالكية والشافعية والحنابلة » وفى الرأى الظاهر فى مذهب الحنفية ، لأنه كالذمى يصح أن يملكه المال حال حياته فكذا تمليكه بعد وفاته .

---

(١) راجع فى ذلك المبسوط ج٢٧ ص ١٤٦، ١٤٧ وتبيين الحقائق للزيلعى ج٦ ص ١٨٣ ؛ ١٨٤ ورد المحتار ج٥ ص ٦٤٣ ، ونهاية المحتاج ج٧ص ١٣ والمغنى لابن قدامة ج٦ ص ١٠٤ والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٩٢٢ ، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج٣ ص ٣٣٨ وما بعدها إلى ص ٤٤٧

(٢) تقبل الجزية من أهل الكتاب (اليهود والنصارى . وعبدة الأوثان من غير العرب ، وأما عبدة الأوثان من العرب فلاتقبل منهم الجزية، بل إما الاسلام أو القتال

(٣) الفرق بين الوصية والميراث حيث صحت الوصية لهم وامتنع الإرث بينهم وبين المسلمين أن الإرث خلافة وولاية فى المال ، ولا ولاية مع اختلاف الدين ، أما الوصية فتمليك بعقد مبتدأ فتصح فى حالة الحياة « راجع المبسوط »

وفى رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف لا يصح لأنه على وشك الرجوع إلى دار الحرب حيث لايمكن من الإقامة الدائمة عندنا بخلاف الذمى .

وإن كان فى دار الحرب ، وهى المعادية للاسلام التى ليس بينها وبين دار الإسلام علاقة تناصر وتعاون ، والعصمة منقطعة بينهما فالأئمة الثلاثة صححوا وصية المسلم له ما لم تكن بنحو سلاح أو بالعبد المسلم أو بما يلحق بالإسلام ضرر لأن الوصية كالهبة ، وهى تصح منه له فكذلك الوصية .

ومنعها الحنفية (١) لقوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون » الممتحنة — ٩ .

ولأن الوصية لهم بالمال تقوية لهم على حربنا ، وفى تكثير ما لهم إضرار للمسلمين فصار كالوصية بالسلاح وبكل ما يلحق بالإسلام ضرر كالوصية بالعبد المسلم وبالمصحف .

والنظر يقتضى ترجيح مذهب الحنفية ، لأن حربياً كهذا لا عهد له ولا ذمة

---

(١) اضطرب النقل فى بعض كتب الحنفية ، فمنها ما ينقل أن الوصية له ممنوعة ، ومنها ما ينقل أنها جائزة مع الكراهة ، ولكن النقل فى النهاية استقر على أنهما ممنوعة قولا واحداً كما فى رد المحتار جـ٥ ص٦٤٣ .

وسبب هذا الاضطراب اختلافهم فى فهم ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى أبى سفيان بن حرب وصفوان بن أمية بخمسمائة دينار حين قحطوا ليفرقاها على فقراء أهل مكة فقبل أبو سفيان ورد صفوان ، فمن الحنفية من فهم أن هذه تجوز الوصية للحربى فى دار الحرب . ومنهم من قال إن هذه صلة لا وصية . ومن تأمل الحادثة وجد أنها صلة فى حالة خاصة وهى حالة القحط . على أنه صلى الله عليه وسلم بعثها لتفرق على الفقراء . فهى عمل إنسانى فى حالة العسرة والشدة والدين دين الإنسانية فأنى هذا من الوصية للحربى ليملك بعد الوفاة غير مقيد بقيد ؟ .

وليس فى دارنا بأمان ، بل يعيش فى بلد ليس بينه وبين دولة الإسلام علاقة تعاون ولا نصرة ، والعصمة منقطعة بينهما - يكون فى حالة حرب مع المسلمين ، وإن لم يكن للحرب وجود فعلى ، ومثل هذا لا تدخل الوصية له فى باب الصلة المشروعة فى الإسلام ، ولا يصح قياسه على الذمى . فالفرق الواضح بينهما ، فهذا له ما للمسلمين ، فالوصية له داخلة فى الوفاء بعهده الذى سوى بينه وبين المسلم ، وذلك منقطع الصلة بينه وبين المسلمين ، بل إنه يتربص بهم ، ويود إلحاق الأذى بهم فى كل حين . .

والقانون لم يشترط لصحة الوصية الاتحاد بين الموصى والموصى له فى الدين ولا فى الجنسية . وإنما شرط لصحتها فى حالة ما إذا اختلفت الجنسية وكان الموصى تابعاً لدولة إسلامية والموصى له غير مسلم تابع لدولة غير إسلامية أن تكون شريعة دولة الموصى له تبيح الوصية لمثل الموصى ، فإن كانت لا تبيحها بطلت الوصية ، كما جاء ذلك صريحاً فى المادة التاسعة ، ونصها :

« تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة . وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعاً لبلد إسلامى ، والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى » .

وبناء على هذا تصح الوصية من المسلم للمسلم مهما اختلفت ديارهما وجنسيتهما سواء أكانا فى بلدين إسلاميين ، أم فى بلدين غير إسلاميين ، أم كان أحدهما فى بلد إسلامى والآخر فى بلد غير إسلامى ، لأن رابطة الإسلام لا يؤثر فيها اختلاف الوطن والجنسية . وتصح وصية المسلم لغير المسلم وبالعكس ، كما تصح وصية اليهودى للمسيحى ، والكاثوليكى للبروستانتى وبالعكس ، لأن الوصية صلة والتواصل مشروع فى جميع الأديان .

فإذا كان الموصى والموصى له فى بلد إسلامى واحد أو فى بلدين إسلاميين صحت الوصية من غير قيد ، لأن الدار متحدة حقيقة أو حكما ، ومثلها فى ذلك إذا كان الموصى له مسلما تابعاً لدولة غير إسلامية والموصى غير مسلم فى بلد إسلامى ، لاتحاد الدار حكما ، لأن المسلم تابع للوطن الإسلامى مهما كان وطنه

أما إذا كان الموصى له غير مسلم يتبع دولة غير إسلامية والموصى يتبع دولة إسلامية سواء أكان مسلماً أم غير مسلم . فإن الوصية لا تصح إلا إذا كان قانون الدولة التى يتبعها الموصى له تبيح الوصية لمن كان فى بلد الموصى . .

والمذكرة التفسيرية تعلل صحة الوصية مع اختلاف الدين بأنها تحقق المساواة بين المسلمين وغيرهم ،مستندة فى ذلك إلى مذهب الحنفية ، كما صرحت بأن عدم الصحة فى الصورة الأخيرة عند فقد شرطها اقتضاه تحقيق المساواة ، أيضاً والمعاملة بالمثل ، ثم أسندت عدم الصحة لما روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف .

ونحن إذا رجعنا لمذهب الحنفية وجدناه لا يبيح الوصية للحربى فى دار الحرب مطلقاً ، وأن الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف إنما هى فى الوصية للمستأمن . وهو من دخل دار[1] الإسلام بأمان ليعيش فيها فترة محدودة من الزمن ، وهذه الرواية لم تقيد صحة الوصية بقيد من القيود فلو طبقنا القانون على ما جاء فى المذكرة التفسيرية لكان معناه أن وصية المسلم لغير المسلم الذى يعيش فى دار الحرب لا تصح بأى وجه من الوجوه ، وأن وصية المستأمن فى دارنا تصح إذا ما توفر فيها الشرط

---

(١) المراد بالبلد الإسلامى كما جاء بالمذكرة التفسيرية ما كان تحت حكم المسلمين ، أو كان تحت حكم غيرهم وكانت شعائر الإسلام كلها أو غالبها مقـــامة فيه ؛ لأن دور الإسلام كلها واحدة ليس بين تابعيها اختلاف دار

النص جاء به القانون ، والقانون بمنطوقه ومفهومه لا يتفق مع هذا لأن عبارته مطلقة فكان الأولى لواضع المذكرة التفسيرية أن يسند جواز الوصية عند اختلاف الدين مطلقاً إلى غير مذهب الحنفية من المذاهب التى لا تفرق بين ذمى وحربى ومستأمن وغير مستأمن ، ويجعل الصورة الأخيرة مستثناة من أجل المعاملة بالمثل ، وفى مذهب الحنفية ما يصلح سنداً لهذا المنع ، وبذلك يكون الحكم عاماً للحربى فى داره ، والمستأمن فى دارنا ، ويتفق مع ما سبق [1] من بيانه لوصية غير المسلم . فإنه أراد به هناك ما يعم الحربى فى داره والأجنبى فى دار الإسلام .

تلك هى الشروط الواجب توافرها فى الموصى له لتصح الوصية وتنفذ فى نظر الفقهاء والقانون ، ومنها يبين لنا أنها تصح للموجود وللمعدوم من الأشخاص والجهات ، وللطائفة التى يدخل أفرادها تحت الاحصاء والذين لا يحصون . كما تصح للمسلم وغير المسلم وللوارث ولغير الوارث .

وما قدمناه لم يفصل فى أحكام كل هذه الأنواع ، بل جاء بعضها مجملا يتطلب الإيضاح والتفصيل كالوصية للمعدوم والحمل والجهات ولمن يحصون ومن لا يحصون .

وهذا هو البيان .

الوصية للمعدوم :

يراد بالمعدوم هنا من لم يكن موجوداً وقت إنشاء الوصية وكان ممكن الوجود فى المستقبل ، سواء وجد عند وفاة الموصى أو لم يوجد ولا يراد به من كان

---

(١) فى المذكرة التفسيرية عند الكلام على المادة الثالثة « وغير المسلم فى المادة شامل للوطنى والأجنبى فى دار الإسلام والحربى فى دار الحرب » .

موجوداً ثم انعدم ، لأن الوصية لشخص كذلك لا تصح فى نظر القانون[١] كما يراد بالموجود ما يعم الموجود بالذات كأحمد بن فلان ، وبالوصف . كالفقراء من أهل هذه البلدة ، أو ذرية فلان ، أو من طلبة هذه المدرسة .

وقد قدمنا أن الوصية لمعين بالاسم أو الإشارة لا تصح إلا للموجود ، بل لا تتصور إلا لموجود ، كما أن الوصية لمعين بالوصف . كفقراء هذه البلدة ، أو أولاد فلان ، أو طلبة الجامعة التى لم تنشأ بعد أن تصح مع عدم وجود الموصى له عند إنشاء الوصية ، فإذا مات الموصى وكان الموصى له موجوداً بقيت الوصية صحيحة تطلب النفاذ — لا نعلم فى ذلك خلافاً بين الفقهاء ، ولكن الخلاف بينهم إذا لم يكن الموصى له موجوداً عند الوفاة .

فالجمهور على أن الوصية تبطل ولا تنقلب صحيحة بوجوده فيما بعد ، فلو أوصى لمن سيولد لفلان ثم مات الموصى قبل أن يولد له بطلت الوصية ولا تعود بوجود مولود له بعد ذلك ، لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ، والتمليك لا يكون للمعدوم كما فى الميراث ، فإن شرطه وجود الوارث وقت موت المورث .

وخالف المالكية فى ذلك وقالوا بصحة الوصية للمعدوم . سواء وجد الموصى له عند وفاة الموصى أو لم يوجد . ففى الصورة السابقة لا تبطل الوصية بمجرد الموت ، بل تبقى صحيحة إلى أن يتحقق اليأس من وجود الموصى لهم . كأن يموت الشخص الموصى لأولاده عقيما ، فما دام الأمل فى الوجود قائماً تبقى الوصية قائمة .

---

(١) هذا وإن كان مذهب المالكية الذى استمد منه القانون أحكام الوصية للمعدوم يجوز الوصية للميت بشرط أن يكون الموصى عالماً بموته ؛ كما سبق عند الكلام على شرط كونه موجوداً .

قرر المالكية ذلك مع مخالفته لقاعدة التمليك تيسيراً على الناس وتحقيقاً لمصالحهم فى أمر الوصية التى شرعت فى أصلها على خلاف القواعد براً بالمحتاجين ، وجبراً لما فات الإنسان فى حياته من عمل الخير ، وما وقع منه من تقصير .

وقانون الوصية لم يلتزم مذهباً بعينه فى تقرير أحكامه ، بل وجدناه يسير مع أيسر المذاهب وأقربها إلى تحقيق مقاصد الناس ، ولذلك سار فى هذا الوضع مع مذهب المالكية وجوز الوصية للمعدوم سواء أكانت له وحده . كالوصية لمن سيولد لفلان ، أم له مع موجود محصور . كأن يوصى لأولاد شخص معين من وجد منهم ومن يولد فى المستقبل . وسواء وجد الموصى لهم عند وفاة الموصى كلهم أو وجد بعضهم ، أو لم يوجد منهم أحد ، ولا يمتاز فى نظره من كان موجوداً وقت الوفاة على من وجد بعدها . قرب زمن وجوده أو طال .

أجاز الوصيه له بالأعيان والمنافع ، وفصل أحكامها فى المواد ـ ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ [1] . ولم يستثن من هذا الجواز إلا إذا كانت الوصية بالمنافع للطبقات ، فإنها لا تصح لما زاد عن الطبقتين الأولين . كما جاء فى مطلع المادة ـ ٢٩ ـ :

---

(١) ونصها مادة ٢٦ « تصح الوصيه بالأعيان للمعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون ، فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته ، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تتكون العين الموصى بها ملكا لورثة الموصى .

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها ، وكل من يوجد منهم من يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعا ، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه .

مادة ٢٧ ـ « إذا كانت الوصية لمن ذكروا فى المادة السابقة بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى كانت لورثة الموصى ==

وهذا إجمال لاغناء فيه عن التفصيل ، لأن الوصية إما أن تكون بالأعيان أو بالمنافع ، وفى كل منهما إما أن يكون الموصى له واحداً أو أكثر من واحد ، وفى الحالة الثانية قد يوجد واحد فقط ، كما إذا أوصى لمن يولد لفلان ولم يولد له إلا ولد واحد ، وقد يكون أكثر من واحد ، وهؤلاء قد يموت بعضهم قبل وجود باقى الموصى لهم ، وقد يبقى الكل على قيد الحياة .

فإذا كانت الوصية بالأعيان وكان الموصى له واحداً فقط . كما إذا أوصى بدار معينة للولد البكر من ذرية فلان ، فإنه إذا ولد ذلك الولد ملك الدار « رقبتها ومنفعتها » ملكاً تاماً ، وقبل وجوده تكون غلة الدار لورثة الموصى ، لأن هؤلاء بعرضية أن يكونوا ملاكا للعين إذا لم يوجد الموصى له بأن حصل اليأس من وجوده، أو وجد ورد الوصية .

وإذا كان الموصى له أكثر من واحد ، كما إذا قال أوصيت بهذه الدار

= وإن وجد مستحق حين وفاة الموصى أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصى »

مادة ٢٨ ـ إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها إلا إذا دلت عبارة الموصى أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ، فى هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى الباقى لورثة الموصى ، وتقسم العين بين الموصى له وورثة الموصى عند اليأس من وجود مستحق آخر »

مادة ـ ٢٩ ـ إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين فلا تصح إلا للطبقتين الأوليين ؛ فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة فى المادتين السابقتين »

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان أوصى بها أو ببعضها لغيرهم

لمن يولد لفلان فإن ملكية العين لا تثبت للموصى لهم إلا إذا وجدوا على الوصف الذى أراده الموصى وهو جميع أولاد فلان . وهذا لا يتحقق إلا عند اليأس من زيادتهم وذلك بموت فلان هذا ، أو حصول مانع يمنع من أن يولد له .

وقبل أن يتحقق ذلك يكون لمن وجد من الموصى لهم غلة تلك العين واحداً كان أو أكثر ، فإن لم يوجد واحد منهم ، أو وجد ومات ولم تقطع الرجاء فى وجود غيره كانت الغلة لورثة الموصى حتى يوجد من يستحقها فترد له .

فاذا أوصى لمن يولد لأخيه فإن الموجود من أولاد أخيه عند وفاته يستحق غلة العين الموصى بها واحداً كان أو أكثر . تقسم بينهم حسب الشرط ، أو بالتساوى إذا لم يوجد شرط من الموصى بكيفية التوزيع ، وكلما ولد لذلك الأخ ولد شارك الموجودين فى تلك الغلة حتى يقع اليأس من زيادتهم بموته ، أو بغيره من الأسباب وحينئذ تثبت ملكية العين لهم وتقسم بينهم بالتساوى على عدد الرؤوس ، أو حسب الشرط إن وجد ، فإذا كان الكل موجوداً فالأمر ظاهر ، وإن كان بعضهم مات قبل موت أبيه فإن القسمة تكون على جميع الأحياء والأموات على الوجه السابق ، فما أصاب الحى أخذه ، وما أصاب الميت كان تركة يقسم بين ورثته قسمة الميراث .

فإذا مات الكل قبل أبيهم وقبل اليأس من زيادتهم فإن العين ترجع إلى إلى ورثة الموصى . أما إذا حصل يأس من زيادتهم كأن ثبت بالدليل أنه لا يلد بسبب مرض مثلا فإن الملك يثبت لهم وتقسم عليهم العين ، فإذا ماتوا بعد ذلك ولو قبل أبيهم صارت ميراثاً لورثتهم ولا ترد لورثة الموصى

وإذا كانت الوصية بالمنفعة وحدها تكون ملكية الرقبة لورثة الموصي من

أول الأمر يملكونها ملكا ناقصاً حتى ينتهى أمر الوصية فتصبح مملوكة لهم ملكا تاماً « رقبة ومنفعة » وليس للموصى فى فترة الوصية إلا المنفعه وهى عادة تكون محدودة . إما بطول حياتهم ، أو بعدد من السنين — يستحقها من وجد منهم واحداً كان أو أكثر ، وكلما وجد شخص منهم شارك الموجودين فى استيفائها حسب شرط الموصى أو بالتساوى على عدد الرؤوس .

فإذا لم يوجد أحد من الموصى لهم كانت ملكية المنفعة لورثة الموصى تبعاً لملكيتهم للرقبة . وكذلك إذا وجدوا وانقرضوا ولم يكن الموصى جعلها وصية لغيرهم وهكذا فى كل صورة لا يوجد مستحق من الموصى لهم تصير لورثة الموصى حتى تنقضى فترة الوصية فتصبح مملوكة لهم ملكا مستقراً لا تنتقل بسبب ناقل للملكية .

وإذا مات بعض الموصى لهم وبقى البعض الأخر فإن الاستحقاق يكون لمن بقى منهم فيعاد تقسيمها عليهم ما لم يوجد فى الوصيه ما يفيد خلاف ذلك ، كأن يقول الموصى فى وصيته : ومن مات من الموصى لهم يصرف نصيبه لفلان مدة حياته أو يعود إلى أولادى .

ومما تجب ملاحظته هنا أن الحكم باستحقاق الواحد لكل الغلة فى حالة الوصية بالمنفعة واستحقاقه للعين كلها فى حالة الوصية بالأعيان مقيد بعدم[1] وجود نص

---

(١) كما صرحت بذلك المادة - ٢٨ - وجاء فى المذكرة التفسيرية « إذا لم يوجد إلا واحد عند وجود الغلة أو عند اليأس من تزايد أحد استحق كل الغلة فى الوصية بالمنفعة واستحق العين الموصى بها فى الوصية بالأعيان ، وهذا إذا لم يوجد نص أو قرينة تدل على أن الموصى قصد بوصيته متعدداً ، ففى هذه الحالة يأخذ الموصى له حصته من الوصية » .

أو قرينة تدل على أن الموصى قصد بوصيته التعدد . فإن وجد شيء من ذلك أعطى الموجود نصيبه ورد الباقى إلى ورثة الموصى .

فلو قال الشخص فى وصيته : أوصيت بغلة هذه الأرض لأولاد فلان أو لمن سيولد له تقسم بينهم بالتساوى . أو تقسم بينهم قسمة الميراث فإن هذا يدل على أن مقصوده التعدد لا الواحد ، فلا يستحق كل الغلة إلا متعدد ، لأن مقصوده الوصية الجمع ، وأقله فى الوصية (١) اثنان ، لأنها أخت الميراث ، أو شبيهة به ، وهو فيه كذلك .

فإذا وجد اثنان فى هذه الوصية استحقا كل الموصى به سواء كان عيناً أو منفعة وإذا وجد واحد فقط استحق النصف ، وكان الباقى لورثة الموصى .

الوصية بالمنافع للطبقات :

والوصية بالمنفعة كما تصح للأفراد تصح للطبقات سواء رتبها . كأن يوصى لأولاد أخيه محمد ثم من بعدهم لأولادهم ، أو لم يرتبها كأن يوصى لأولاد أخيه ولأولادهم ، ويتبع الشرط الذى شرطه الموصى لكن يقتصر على طبقتين اثنتين فقط من ذرية الموصى له ، وتبطل الوصية لما عداها .

وقد استند القانون فى جواز الوصية بالمنافع للمعدوم لمذهب المالكية ، واستند فى منعها لما زاد عن طبقتين لمذهب ابن أبى ليلى — كما جاء بالمذكرة التفسيرية — لأنه يمنع الوصية بالمنافع مطلقاً .

والسبب فى هذا التلفيق أن واضعى القانون وجدوا فى هذه الحالة أن الذرية

---

(١) راجع البدائع ج٧ ص ٣٤٢ ، ص ٣٤٨ ، وكتب الأصول فى بحث أقل الجمع .

الموصى لها كثيراً ما تتكاثر حتى يقل نصيب كل فرد من الغلة بحيث لا يكون فيه غناء فلا يلتفت صاحبه إلى المطالبة به . الأمر الذى يحمل القائمين على أمر الوصية يهملونها أو يستغلونها لحسابهم .

وشيء آخر أراده المشرع هو إيجاد التوافق بين قانون الوصية وقانون(١) الوقف الذى صدر قبله وقيد الوقف على الذرية بطبقتين فقط للشبه الكبير بين الوصية بالمنافع والوقف .

فإذا كانت هذه الوصية مرتبة الطبقات ، كأن يقول : أوصيت بغلة هذه الدار لأولاد فلان ، ثم بعدهم لأولادهم تكون الغلة للطبقة الأولى تقسم بينهم حسب شرط الموصى إن وجد ، أو بالتساوى على عدد الرؤوس .

فإذا وجد بعض أفراد هذه الطبقة استحق كل الغلة ، وكلما وجد واحد شارك الموجودين فيها ، وإذا مات أحدهم يرد نصيبه على الباقين من أهل هذه الطبقة ما لم يوجد شرط للموصى بغير ذلك ، ولا يستحق أحد من الطبقة الثانية مع وجود فرد من هذه الطبقة .

فإذا انقرضوا جميعاً ووقع اليأس من وجود أحد منهم انتقل الاستحقاق لأهل الطبقة الثانية ، ويكون الاستحقاق والتقسيم كما قررناه فى الأولى .

---

(١) جاء فى المادة الخامسة منه « أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتاً ولا يجوز على أكثر من طبقتين ، ويعتبر الموقوف عليهم طبقة واحدة إذ عينهم الواقف بالاسم حين الوقف ورتب بينهم أو لم يرتب ، وإن كانوا غير معينين بالاسم اعتبر كل بطن طبقة ، ولا يدخل الواقف فى حساب الطبقات .

وعلى هذا إذا أوصى لفلان وفلان ثم لأولاد فلان . كانت الطبقة الأولى هى فلان وفلان المعينين بالاسم .

فإذا انقرض هؤلاء جميعاً ووقع اليأس من وجود أحد منهم ثبت الحق لورثة الموصى .

وإذا لم تكن مرتبة الطبقات ، كأن يقول : أوصيت بغلة هذه الأرض لأولاد فلان وأولادهم فإن الغلة توزع بعد موت الموصى على الموجود من هؤلاء جميعاً ، وكلما وجد أحد من أهل الطبقتين شارك الموجودين ، ومن يموت منهم يرد نصيبه على الباقين ، ولا ينتقل الاستحقاق إلى ورثة الموصى إلا إذا انقرض أهل الطبقتين جميعاً ، ويقع اليأس مع وجود أحد منهم .

الوصية للحمل :

الوصية للحمل جائزة فى نظر الفقهاء — لا نعلم فى ذلك خلافاً — لأنها استخلاف من وجه ، والموصى يجعل الموصى له خليفة فى بعض ماله ، والجنين يصلح خليفة فى الإرث ، فكذا الوصية . إذ هى أخت الميراث . غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك الاختيارى ، بل إن الوصية أوسع فى باب الخلافة من الميراث — كما يقول ابن قدامة — [1] فانها تصح للمخالف فى الدين والعبد بخلاف الميراث .

لكن صحة هذه الوصية ونفاذها موقوف على توفر شروط ثلاثة :

١ — أن يكون الحمل الموصى له موجوداً وقت إنشاء الوصية ، فإن تبين أنه لم يكن موجوداً بطلت الوصية له .

٢ — أن يولد حيا باتفاق الفقهاء . وان اختلفوا فى نوع الحياة . فنهم من يكتفى بمطلقها . وهم الحنفية حيث قالوا : يكفى ولادة أكثره حياً لأن للأكثر

(١) المغنى ج ٦ ص ٥٧ ، وراجع أيضاً تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ١٨٦ .

حكم الكل . والأئمة الثلاثة يشترطون حياة تامة مستقرة . بمعنى أنه يولد كله حيا حياة متيقنة .

٣ — أن يوجد على الصفة التى أرادها الموصى ، فإذا عينه حين الوصية منسوبا إلى شخص معين كأن يقول : أوصيت بكذا لحمل فلانة من فلان . فلا يستحق الموصى له الوصية إلا إذا ثبت نسبه من ذلك الشخص المعين .

والقانون لم يخرج عما قرره الفقهاء فى جملته . وإن خالف فى بعض التفاصيل كما هو موضح بالمادة (٢) .

توضيح هذه الشروط

أما الشرط الاول : فقد عرفنا أن الفقهاء متفقون على أن الوصية لمعين بالاسم أو بالإشارة لاتصح إلا إذا كان موجوداً حين إنشاء الوصية ، ويستمر

---

(١) وهذا الخلاف يجرى فى الميراث أيضاً . فإن الجنين لايرث عند غير الحنفية إلا إذا ولد حياة مستقرة ، والحنفية يكتفون بولادة أكثره حياً .

(٢) ونصها : تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية :

١ — إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .

٢ — إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل من وقت للوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة .

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة من ذلك المعين . وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له

وجوده لما بعد وفاة الموصى ، فإن اختل شىء من ذلك بطلت الوصية وبه أخذ القانون . كما وضحناه من قبل .

ولما كانت الوصية للحمل فى غالب صورها لا تقع إلا لحمل معين . كأن يقول : أوصيت لحمل فلانة من فلان ، أو لحمل هذه المرأة شرط الفقهاء لصحتها وجوده حين الوصية بأن يعلم أو يظن ذلك بعد ولادته . وبتحقق هذا بولادته فى مدة معينة تختلف باختلاف الأحوال ، ففى بعضها لابد أن يولد فى أقل مدة للحمل ، وفى بعضها الآخر لايشترط ذلك . بل يكفى ولادته فى مدى أكثر مدة للحمل ، فإن زادت المدة فى كلتا الحالتين بطلت الوصية .

والفقهاء مختلفون فى تحديد أقل مدة الحمل وأكثرها ، فلهم فى أقلها رأيان .

فالجمهور يرى أن أقلها ستة أشهر . قالوا ذلك استنباطا من مجموع آيتين من كتاب الله . الأولى قوله تعالى فى سورة لقمان — ١٤ — «ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله فى عامين »

والثانية قوله تعالى فى سورة الأحقاف — ١٥ — ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً وحمله وفصاله ثلاثون شهراً »

فدلت الآية الأولى على أن الفصال — الفطام — فى عامين كما دلت الثانية على أن مجموع مدة الحمل والفصال ثلاثون شهرا . فإذا أسقطنا من المجموع مدة الفصال بقى للحمل ستة أشهر .

لكن يلاحظ أنهم قصدوا بذلك أن أقل مدة للحمل التى يولد بعدها حيا هى ستة أشهر ، فإذا ولد دونها ولد ميتا . ولم يريدوا به أنها أقل مدة يولد ويعيش بعدها ، لأن الواقع يخالفه ، فالمشاهد المعروف أن الولد لا يعيش فى الغالب إلا إذا ولد بعد تسعة أشهر ، وقلما يعيش إذا ولد قبلها .

وذهب البعض إلى أنها تسعة أشهر هلالية . وهو قول للحنابلة ، وبه قال ابن تيمية استناداً للغالب الأعم .

والقانون أخذ بهذا الرأى الأخير تمشياً مع المشاهد المعروف ، لكنه اعتبر الشهور بالأيام فقدرها بسبعين ومائتى يوم

وأما أكثرها فقد اختلفوا فيه اختلافا كثيراً (١) يرجع فى أصله إلى عدم وجود نص من القرآن أو السنة يشير إلى ذلك ، فاضطروا إلى بناء آرائهم على مجرد أخبار الآحاد من الرجال والنساء بالحالات النادرة التى تأخرت فيها الولادة عن وقتها المعتاد ، فكل واحد بنى حكمه على ما سمعه من أخبار بأن حملا معيناً مكث كذا سنة .

والقانون أخذ برأى محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكى المصرى ، وهو أن أكثرها سنة . إلا أنه خالفه فجعل السنة شمسية ومدتها ٣٦٥ يوماً بناء على ماقرره الطبيب الشرعى حينذاك ، واحتياطاً من المشرع ليشمل الحالات النادرة

إذا عرفنا ذلك نعود إلى أصل الموضوع فنقول:

إذا كانت الحامل الموصى لحملها زوجة حقيقة أو حكماً بأن كانت معتدة من طلاق رجعى ، أو كانت خالية من الأزواج وعدتهم فإننا نحكم بوجود الحمل

---

(١) فقيل تسعة أشهر . وهو قول داود الظاهرى ، وقيل سنة هلالية وهو قول محمد بن عبد الحكم المالكى ، وقيل سنتان ، وهو مذهب الحنفية ، وقيل ثلاث سنين . وهو مذهب الليث بن سعد ، وقيل أربع سنين . وإليه ذهب الشافعى وهو أصح الروايتين عن أحمد وقول لمالك ، وقيل خمس سنين وهو مشهور مذهب مالك وقيل سبع سنين ، وهو قول بعض أصحاب مالك

حين[1] الوصية إذا ولدته لسبعين ومائتى يوم من وقت إنشائها ويستحق الوصية ، وإذا ولدته لأكثر من ذلك بطلت الوصية لاحتمال حصول الحمل بعد الوصية فلا يستحق مع الشك ، لأن الأصل عدم وجود الحمل وعدم استحقاقه ، وما دامت مباشرة هذه المرأة ممكنة فإنه يضاف العلوق إلى أقرب الأوقات.

وهذا إذا لم يكن الموصى مقراً بوجود الحمل وقت إنشاء الوصية . فإن كان مقراً به فإنه يستحقها إذا ولدته فى حدود سنة قدرها ٣٦٥ يوماً من وقت إنشاء الوصية ، لأن هذا الإقرار صحيح حيث لاتهمة فيه فيؤخذ المقر به هو وورثته من بعده ، فإذا أتت به لأكثر من سنة لايستحق الوصية ، ولا يلتفت إلى هذا الإقرار ، لأن الواقع يكذبه حيث تبين أنه وهم ، وأن العلوق كان بعد الوصية .

وإذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن أو وفاة تثبت الوصية للمولود إذا ولدته فى حدود سنة من تاريخ الوفاة أو الطلاق . سواء كان الموصى مقراً بوجوده حين الوصية أولا ولو كانت المدة من وقت إنشاء الوصية أكثر من سبعين ومائتى يوم ، لأن وجوده وقت الوصية ثابت حكماً حيث نحكم بثبوت نسبه من

---

(١) فى مذهب الحنفية اختلاف فى مبدأ الوقت الذى تحسب منه المدة . جاء فى كتاب البدائع جـ ٧ ص ٣٣٦ مانصه « إذا قال : أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة فإن ولدت لما يعلم أنه كان موجوداً فى البطن صحت الوصية والا فلا وإنما يعلم ذلك إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى فى ظاهر الرواية ، وعند الطحاوى من وقت وجود الوصية ، وجه ماذكره الطحاوى أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده وقتها ، ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها فى حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت »

أبيه فى هذه الحالة ، فالحكم بثبوت نسبه يستلزم الحكم بوجوده فى بطن أمه وقت الفرقة أو الطلاق .

وإنما خالفت هذه الصورة سابقتها فى الحكم لأن العلوق فى حالتى الطلاق البائن أو الموت يضاف إلى أبعد الأوقات للاحتياط فى ثبوت النسب لمصلحه الولد ، وحملا لحالة المرأة على الصلاح بخلاف الصورة السابقة فإنه يضاف فيها إلى أقرب الأوقات مادام ممكنا كما قلنا من قبل (١)

وإذا ولدته لأكثر من سنة فلا يستحق شيئاً لانتفاء الشرط .

وأما الشرط الثانى : وهو أن يولد حياً فقد أخذ القانون فيه بغير مذهب الحنفية ، فشرط أن يوجد كله حياً حياة مستقرة ، أى متيقنة غير مشكوك فيها ، فإذا ولد ميتا ولو بجناية أو ولد حيا حياة مشكوكا فيها أو غير مستقرة بطل استحقاقه وكان الموصى به لورثه الموصى .

وتثبت الحياة المستقرة بوجود الأعراض الظاهرة للحياة . كالبكاء والعطاس

---

(١) راجع الزيلعى وحاشية الشلبى عليه ص ١٨٦ ، والمغنى جـ ٦ ص ٥٦ ؛ وتحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٨ وما بعدها والمذكرة التفسيرية لقانون الوصية .. ومن تتبع كلام الفقهاء يجدهم فرقوا بين صورة إقرار الموصى وصورة عدم إقراره كما فرقوا فى الأخيرة بين كون المرأة فراشا وكونها معتدة لوفاة أو فرقة بائنة وليس هناك فرق بين كلامهم وبين ماسار عليه القانون إلا فى اعتبارهم أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها على الخلاف كما يلاحظ أن الحنفية والشافعية يصححون الوصية فى حالة كون المرأة فراشا إذا أتت به لأقل من ستة أشهر ، فلو أتت به لتمام السنة لاتصح ، والحنابلة يجعلون تمام الستة أشهر كالأقل منها .

وتحرك الأعضاء ، فإن لم توجد هذه الأعراض يرجع إلى رأى أهل الخبرة من الأطباء الشرعيين للتحقق من أن الجنين ولد حيا حياة مستقرة .

أما الشرط الثالث : فواضح لأن الموصى قصد حملا معيناً منسوباً إلى شخص معين ، فإذا لم يثبت نسبه لم يكن هو الموصى له فتبطل الوصية ، لأنها تمليك ، وهو لايثبت إلا لمن عينه المستهلك .

فإذا توفرت هذه الشروط ملك المولود الموصى به كله ذكراً كان المولود أم أنثى مادام لم يوجد فى كلام الموصى مايخالف ذلك .

هذا إذا كان واحداً ، أما إذا تعدد بأن ولدت أكثر من واحد فى وقت واحد أو فى وقتين بينهما أقل من ستة أشهر كانت الوصية بينهم متى توفر فى كل منهم الشروط السابقة ، وظلوا على قيد الحياة ، فتقسم بينهم بالتساوى لافرق بين الذكر والأنثى مالم ينص الموصى على وجه آخر من التقسيم فيتبع مانص عليه .

فإذا مات أحد هؤلاء بعد ولادته حيا حياة مستقرة كان نصيبه فى الوصيه بالأعيان لورثته لأنه ملكه ملكا تاماً فينتقل إليهم بطريق الخلافة ، وإذا كانت الوصية بالمنافع كان نصيبه لورثة الموصى ، لأن الوصية بالمنافع لشخص معين تنتهى بموته فتعود إلى من يؤول ملك العين إليه مالم ينص الموصى على جعلها لغيره .

أما اذا ولد أحدهم ميتاً ، أو ولد حيا حياة غير مستقرة فإنه يفرض عدم وجوده وتكون الوصية للباقى واحداً كان أو أكثر سواء أكانت بالمنافع أم بالأعيان .

جاءت هذه الأحكام فى المادة — ٣٦(١) — على وفق مذهب الحنفية .

(١) ونصها إذا جاءت الحامل فى وقت واحد أو فى وقتين بينهما أقل من ستة =

الوصية للجهات :

الوصية لجهة من الجهات التى تكون منفعتها عامة جائزة فى نظر الفقهاء ، فتصح الوصية لمسجد أو مصحة أو معهد أو جامعة أو ملجأ أو مكتبة وغيرها سواء كان الموصى له معيناً أو غير معين ، وسواء أكان الموصى به عيناً أم منفعة ، حدد وقتها أو لم يحدده .

ولا خلاف بين الفقهاء فى ذلك كله إلا مانقل من اختلافهم فيما إذا أوصى بعين لجهة من تلك الجهات ولم يصرح فى وصيته بالسبب الذى من أجله أوصى كالصرف على مصالح الجهة ، أو الإنفاق منها على عمارتها أو ماشاكل ذلك .

فإن أبا حنيفة يرى عدم صحة هذه الوصية لأن ظاهرها التمليك ، والمساجد وأشباهها ليست أهلا له ، ولقد تابعه تلميذه أبو يوسف فى هذا الرأى . كما نقله غير واحد من فقهاء الحنفية[١] .

وأصحاب المذاهب الأخرى يذهبون الى صحة هذه الوصية المطلقة التى لم يعين فيها السبب . كأن يقول : أوصيت بدارى هذه للمسجد مثلا ، ولا يمنع من صحتها إفادتها التمليك ، لأن هذه الجهات فى نظرهم أهل للتمليك ولو فى باب الوصية[٢] .

= أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوى إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .

وإن انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية .

وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته فى الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصى فى الوصية بالمنافع .

(١) راجع البحر الرائق ج ٨ ص٤٧١ ، ورد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٥٣ ص ٦٧٢ .

(٢) جاء فى كتاب الشرح الكبير وحواشيه ج ٤ ص ٤٢٦ « وصح الإيصاء =

ولقد وافق محمد بن الحسن تلميذ أبى حنيفة الأئمة الآخرين فى القول بصحة الوصية المطلقة للجهات ، ولكن بعلة أخرى ، وهى حمل كلام الموصى على إرادة المصالح لا على ظاهره من إرادة التمليك تصحيحاً لكلامه

والقانون جرى على الرأى الثانى وهو جواز الوصية للجهات مطلقاً ، عين السبب أولا ، سواء عين جهة خاصة أولا ، فيستوى قوله : أوصيت لمسجد البلدة أو لملجئها وقوله : أوصيت بهذه العين للمسجد أو الملجأ ، وسواء عين طريقة الصرف أو لم يعينها .

فإذا عين طريقة الصرف بأن قال : يصرف فى العمارة ، أو فى المصالح أو على المرضى ، أو للطلاب المحتاجين مثلا وجب اتباع هذه الطريقة التى عينها والسير على وفق شرطه ما لم يتعارض ما قرره فى وصيته مع ما قرره القانون من أحكام . أو يتنافى مع مقاصد الشريعة .

فإذا لم يعين الموصى طريقة خاصة . فإن وجد عرف خاص فى ذلك اتبع ما جرى به العرف ، كما لو أوصى للجامع الأزهر فإن العرف جرى على أن المال الموصى به يصرف لطلابه ، وإذا أراد بجزء من ماله لدار الكتب ، أو لمكتبة البلدية بالاسكندرية ، فإن العرف يصرفه إلى شراء الكتب أو للمحافظة عليها .

فإن لم يوجد شرط ولا عرف صرف فيما يعتبر الصرف فيه صرفاً لهذه الجهة ،

= لمسجد ونحوه لصحة تملكه للوصية بخلاف الحيوان والحجر مثلا فلا تصح له » وفى تحفة المحتاج بشرح المنهاج للشافعية ج٧ ص ١٣ .

« وتصح الوصية لعمارة نحو مسجد ولمصالحه ، وكذا إن أطلق فى الأصح بأن قال : أوصيت به للمسجد وإن أراد تمليكه لما مر فى الوقف أنه حر يملك أى منزل منزلته ، وتحمل الوصية حينئذ على عمارته ومصالحه ولو غير ضرورية عملا بالعرف ويصرفه الناظر للأهم والأصلح باجتهاده » اﻫ

فالوصية للمسجد تصرف على مصالحه من فرش وإضاءة وعمارته وخدمته الخ .

والوصية للجامعة تصرف على مصالحها وطلابها .

وكما تصح الوصية للجهات اذا عين نوعها . كالمساجد أو الملاجىء تصح إن لم يعين ذلك النوع .

كأن يقول : أوصيت بثلث مالى لله تعالى ، أو لأعمال البر أو المصالح العامة وتصرف عند تنفيذها الى أى جهة من جهات البر العامة أو النفع العام غير متقيد بنوع خاص يصرفها من وكل اليه تنفيذ الوصايا باجتهادة للأهم والأصلح .

ثم إن القانون صحح الوصية للجهات سواء كانت موجودة عند إنشاء الوصية أولا ، وجدت عند وفاة الموصى أو لا . مادام وجودها ممكنا . بناء على ماسار عليه من صحة الوصية للمعدوم الذى سيوجد متبعاً فى ذلك مذهب الإمام مالك .

وفى حالة الوصية للجهة المعدومة تبقى الوصية قائمة حتى توجد تلك الجهة فتصرف الوصية اليها ، فإذا لم توجد وتعذر وجودها فى المستقبل بطلت الوصية ، وكان الموصى به لورثة الموصى .

وأحكام الوصية للجهات فصلها القانون فى المادتين السابعة والثامنة(١)

---

(١) ونصهما مادة ـ ٧ ـ « تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة . وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شئونها ما لم يتعين الصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوة البر » مادة ـ ٨ ـ « تصح الوصية لجهة معينة من جهات بر ستوجد مستقبلا ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية » .

الوصية لمن لا يحصون :

الـكلام على أحكام الوصية لمن يحصون ومن لا يحصون يتوقف على بيان حد الإحصاء ليتميز الفرق بين النوعين .

وللفقهاء فى بيان حد الإحصاء أقوال بنيت عن اختلاف النظر لعدم وجود نص شرعى صريح فيها أختير منها قول محمد بن الحسن لتسير عليه المحا كم بمصر . وهو أن الموصى لهم إذا كانوا مائة فأقل فهم يحصون ، وإن كانوا أكثر من المـائة فهم لا يحصون (١).

والوصية لمن لا يحصون جائزة باتفـاق أصحـاب المذاهب الفقهية . لـكن هـذا الجواز غير مقيد بقيد فى بعضها ، ومشروط فى اقترانها بما يدل على أنهـــا قربة فى بعضها الآخر كأن يصف الوصى الموصى لهم بوصف الاحتيـاج من فقر ومسكنة وغربة وما شا كل ذلك .

فالحنفية يذهبون إلى أن صحة الوصية لمن لا يحصون لا تـكون إلا إذا ذكرهم بما يدل على احتياجهم . كأوصيت لفقراء طلبة الجامعة أو الأزهر أو للغرباء المنقطعين منهم ، فإن أطلق فى كلامه لا تصح الوصية .

وسندهم فى ذلك أن الوصية تمليك ، والتمليك للمجهول جهـالة لا يمكن إزالتهـا لا يصح ، أما إذا وجـد فى لفظه ما يدل على الحـاجة فتـكون وصية بالصدقة وهى تقرب إلى الله تعالى ، فتقع له سبحانه أولا . ثم يتملـكها المحتـاج بتمليك الله . وحينئذ تخلو من المانع ، وهو جهالة المملك .

(١) جاء فى البدائع ج٧ ص ٣٤٢ . اختلف فى تفسير الإحصاء ، فقال أبو يوسف إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون ، وقال محمد إن كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون ، وقيل غير ذلك .

وأصحاب المذاهب الثلاثة الأخرى صححوا هذه الوصية سواء وجد التقييد أولا .

فتصح الوصية لطلبة الجامعة كما تصح للمعسرين منهم ، لأن الوصية مبنية على التيسير فيتساهل فيها بما لا يتساهل فى غيرها من أسباب التمليك الأخرى ، ولأنها فى ذاتها قربة حتى ولو كانت للأغنياء ، ولقد ندب النبى صلى الله عليه وسلم إلى الهدية وإن كانت لغنى ، والوصية هدية مؤجلة لما بعد الموت (١) .

والقانون جوز الوصية لمن لا يحصون من غير تقييد فصحح الوصية لهم من غير أن يذكر الموصى فى كلامه ما يدل على الحاجة ، إلا أنه قيد صرفها فى هذه الحالة بجعله للمحتاجين فقط (٢) .

ولاحظ فى ذلك أن صرف الوصية لجميع من لا يحصون قد يتعذر أو يتعسر

---

(١) راجع المغنى جـ٦ ص٥٦ .. ثم إن أصحاب هذا الرأى بعد اتفاقهم على المبدأ اختلفوا فيما وراء ذلك ، فمنهم من يرى أن الدفع إلى واحد من الموصى لهم مجزىء ، ومنهم من يرى أنه لابد من الدفع إلى ثلاثة لأنها أقل الجمع.

وأئمة الحنفية بعد اتفاقهم على أنه لابد من وجود ما يدل على الحاجة اختلفوا فيمن يجزىء الدفع إليه . فأبو حنيفة وأبو يوسف يذهبان إلى جواز الدفع إلى واحد فقط لأنها وجبت لله لا للفقراء ، ثم يعطى لمن ظهر رضا الله عنه بصرف حقه إليه ويكفى فى ذلك الصرف إلى واحد ، ويرى محمد أنه لابد من الصرف إلى اثنين على الأقل ، لأنهما أقل الجمع فى الوصية والميراث فلا يجوز أن يعطى الواحد إلا نصف الوصية .. راجع البدائع جـ٧ ص ٣٤١ .

(٢) جاء ذلك فى المادة ـ ٣٠ ـ ونصها :

وتصح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقييد بالتعميم أو المساواة .

ومن له تنفيذ الوصية هو الوصى المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك » .

تنفيذه فتصرف المحتاجين فقط ، لأن الصرف إليهم يحقق الغرض المقصود من الوصية .

وبعد هذا التقييد أطلق القانون لمنفذ الوصية الحرية فى العدد الذى يصرف إليهم الوصية بعد أن يكونوا من المحتاجين ، وفى مقدار ما يعطيه لكل واحد منهم ، فلا يلزم بإعطاء كل المحتاجين ، ولا بالتسوية بينهم فى العطاء ، يفعل ذلك باجتهاده .

ولكن الأفضل أن يكون الصرف أولا للمحتاجين من أقارب الموصى ، لأن الدفع إليهم صلة وصدقة . مقدماً فى ذلك الأشد حاجة على ما سواه . وإذا كانت الوصية لهؤلاء بنقود مرسلة وزعت عليهم ، فإذا قبضوها ثبتت ملكيتهم . لها ، وإذا كانت بالأعيان غير النقود وزعت عليهم متى أمكن وإلا بيعت ووزع عليهم ثمنها .

وإذا كانت الوصية بالمنافع فالظاهر أن العين الموصى بمنفعتها تأخذ حكم الوقف فتصرف غلتها للمحتاجين من الموصى لهم هذا إذا كانت الوصية لهم مؤبدة أو مطلقة أما إذا كانت مؤقتة بمدة معينة فإن الغلة تصرف للمحتاجين فيها والعين تكون مملوكة لورثة الموصى .

من له تنفيذ الوصية ؟

نص القانون على أن تنفيذ الوصية يكون للموصى المختار ، فإن لم يوجد يكون الحق لهيئة التصرفات فى المحكمة أو لمن تعينه لذلك . لكن يجب أن يلاحظ فى شأن تنفيذ الوصية ما جاء بالقانون المدنى الجديد — الذى تقرر العمل به بعد قانون الوصية بأعوام ثلاثة — من أنه إذا لم يعين صاحب التركة وصياً عينت المحكمة شخصاً يصفى التركة متى طلبه أحد ذوى الشأن ، واقتضى الأمر ذلك ، وأنه يتولى تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف بعد تسوية الديون ، بل إنه قضى بأن الأحكام

التى تسرى على المصفى تسرى على وصى التركة كما صرحت به المواد . . ٨٧٦ ، ٨٧٨ ، ٨٩٨ [١] .

وهذا يقتضى أنه إذا لم يوجد الموصى المختار لا ينقل الحق إلى هيئة التصرفات فى كل حالة ، بل إذا لم يوجد المصفى ، فإن وجد يكون أمر تنفيذ الوصية إليه فإن لم يكن لا هذا ولا ذاك كان الحق لهيئة التصرفات فى المحكمة المختصة أو لمن تعينه لذلك عملا بقاعدة تناسق القوانين فى الدولة الواحدة .

الوصية لقوم محصورين :

وهم من كانوا فى حدود المائة . وهذا النوع تحته صنفان .

الصنف الأول : وهم المعروفون بالوصف أو بالجنس دون تعينهم بأسمائهم وأشخاصهم . كالفقراء من عائلة معينة ، أو ذوى العاهات منها ، أو بنى فلان أو قبيلة فلان .

الصنف الثانى : وهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم . كالوصية لمحمد وأحمد وإسماعيل ، أو يقول أوصيت لهذا مشيراً إلى شخص ، أو لهؤلاء مشيراً إلى أشخاص معينين .

---

(١) ونصها كالآتى المادة ـ ٨٧٦ ـ «إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها عينت المحكمة ـ إذا رأت موجباً لذلك ـ من يجمع الورثة على اختياره ، فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختيار المصفى على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء .

والمادة ـ ٢/٨٧٨ « ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام .

والمادة ـ ٨٩٨ « يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف » .

والوصية لهـذين النصفين تتفق فى بعض الأحكام وتختلف فى بعضها الآخر وإليك البيان .

أما الوصية للصنف الأول فإنها تـكون لـكل من ينطوى تحت هذا الوصف أو الجنس . سواء كان واحداً أو أكثر توزع بينهم حسب شرط المـوصى إن وجد . فإن لم يكن له شرط قسمت بالتساوى على عدد رؤوسهم .

وإذا مات أحدهم بعد استحقاقه الوصيه وثبوت الملك له كان نصيبه لورثته إن كان الموصى به عيناً لأن هذا هو شأن الملك التام ينتقل بالإرث إلى مستحقيه .

وإن كان الموصى به منفعة ، أو لم يكن قد استحق منه غير المنفعة(١) لا ينتقل إلى ورثته لأن المنافع لا تورث فى الوصايا ، ولـكن يرد هذا النصيب إلى بقية الموصى لهم يوزع بينهم كما وزع الأصل ، ولا يرد إلى ورثة الموصى لأن الوصية للمحصورين غير المعينين وصية واحدة لـكل من يصدق عليه وصف الموصى لهم أو يدخل تحت جنسهم ، وليس لـكل واحد منهم قدر معين حتى يقال : إن الوصية تنتهى فيه بموته . بخلاف ما إذا كان الموصى به عيناً فإن نصيب كل واحد تعين باستحقاقه وحيازته .

وإذا بطلت الوصية بالنسبة لبعضهم كان الموصى به للبـــاقين منهم حتى ولو كان واحداً متى صدق الوصف عليه . لا فرق فى ذلك بين أن يكون البطلان من وقت الإيجاب . كأن يكون هذا البعض ميتاً ، أو أن يكون بعده ، كأن

---

(١) كما لو أوصى لمن يولد لفلان ، ثم مات الموصى قبل أن تنقطع الولادة لفلان هذا ، فإن العين لا تقسم بين الأولاد الموجودين وإنما تقسم الغلة بينهم حتى إذا ما انقطعت الولادة بأن مات ذلك الشخص أو حصل يأس من الولادة له قسمت العين الموصى بها بين الموجودين من أولاده كما أوضحناه فى الوصية للمعدوم .

يموت بعض الموصى لهم قبل وفاة الموصى ، أو يرد الوصية بعد وفاته . ولما كان الموصى لهم من هذا الصنف فى الغالب يكون بعضهم موجوداً والآخر غير موجود نص القانون فى مادته الواحدة والثلاثين [١] على أنه يلاحظ أحكام الوصية للمعدوم المقررة فى المواد ـ ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، وأحكام الوصية لهذا الصنف أخذها القانون من مذهب الإمام مالك كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية وإن كان يتفق مع مذهب الحنفية فى بعضها .

أما الصنف الثانى : ـ وهم المعينون بأسمائهم أو بالإشارة إليهم ـ فالوصية لهم تقسم بينهم حسب الشرط إن وجد ، وإلا فبالتساوى على عدد الرؤوس ، ومن يموت منهم بعد الاستحقاق ودخول الموصى به فى ملكه يكون نصيبه لورثته إن كان عيناً ، وإن كان منفعة رد إلى ورثة الموصى لانتهاء الوصية فيه ، لأن الوصية بالمنفعة لمعين تنتهى بوفاته .

وإذا بطلت الوصية لبعض هؤلاء رجع نصيبه إلى ورثة الموصى ، لأن الوصية لهذا الصنف بمثابة عدة وصايا لكل واحد وصية بقدر معين وإن كان شائعاً فى غيره ، فإذا بطلت فى حق أحدهم لا يمكن تصحيحها بالنسبة لغيره حتى تدفع له فترد إلى أصل التركة ، ويستوى فى ذلك بطلانها بعد صحة الإيجاب ، بأن كان موجوداً عند إنشاء الوصية ثم خرج عن أهليته لها بأن مات قبل موت الموصى ، وبطلانها من حين الإيجاب بأن كان ميتاً حين الوصية .

والعبرة بعدم أهليته للوصية وقت وفاة الموصى ـ كما جاء بالمادة الثالثة

---

(١) ونصها « وإذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى كان جميع ما أوصى به مستحقاً للآخرين مع مراعاة المواد ـ ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ،

والثلاثين (١)

وإذا رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى بطلت فى حقه أيضاً فيرجع نصيبه إلى ورثة الموصى ، أخذ القانون بهذه القاعدة العامة فى بطلان الوصية وقضى برد نصيب من يطلب فى حقه إلى ورثة الموصى لا فرق بين صورة وصورة عملا بمذهب الشافعى ، وترك (٢) مذهب الحنفية الذى يقضى برد هذا النصيب إلى ورثة الموصى فى بعض الصور وجعله لبقية الموصى لهم فى بعضها الآخر .

الوصية المشتركة :

ما تقدم هو حكم الوصية المنفردة إذا كانت لجهة أو لمحصورين معينين أو غير معينين ، أو لغير محصورين ، وقد يحدث أحياناً أن يوصى شخص لنوعين أو أكثر ، كما إذا أوصى لمعينين ولجهة بشىء واحد ، أو يوصى لجهة ولغير محصورين ولمعينين ، وتسمى الوصية فى هذه الحالة بالمشتركة لاشتراكها بين أكثر من نوع من الموصى لهم . جاء حكم هذه الوصية فى المادة الثانية والثلاثين من القانون (٣) .

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصى ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة » .

(٢) وفقهاء الحنفية مختلفون فى الحد الفاصل بين النوعين ، وأقرب ماقيل فى ذلك : أنه إذا كان من بطلت الوصية فى حقه قد دخل فى الوصية ثم خرج منها كما إذا ردها بعد موت الموصى فإن نصيبه يرد إلى ورثة الموصى ، وإن يكن قد دخل فيها . كما إذا أوصى لفلان وحمل فلانة ، ثم بطلت الوصية للحمل لولادته ميتا فإن نصيبه يكون لبقية الموصى لهم .

(٣) ونصها ، إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة ، أو بين جماعة وجهة ، أو بينهم جميعاً كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به » .

والأصل الذى سار عليه القانون فى التوزيع هو اعتبار كل من الجهة والجماعة غير المحصورة شخصاً من الموصى لهم ، وكل واحد من المعينين بأسمائهم أو بالإشارة شخصاً ، ومثله كل واحد من الجماعة المحصورة المعروفين بالوصف أو بالجنس ، وذلك لأن المعينين معتبرون بأشخاصهم ، والمحصورون يمكن معرفة عددهم ونهايتهم ، فيسهل اعتبار رؤوسهم إذا انتهوا إلى عـدد معين ، والجهة تعتبر كأنها شـخص منفرد بذاته ، وأما غـير المحصورين فلا يمكن الوقوف على عددهم ولا الوصول إلى نهايتهم ، ولا يعرفون إلا بعنوانهم فلا يستطـاع التوزيع على رؤوسهم فيعتبرون واحداً .

ثم توزع الوصية أسهماً عليهم ، فيكون للجهة سهم ، وللجماعة غير المحصورة سهم [١] واحـد ، وللمعينين والمحصورين سهام بعـد رؤوسهم . هـــذا إذا لم ينص الموصى فى وصـيته على كيفيـة التوزيـع ، أما إذا نص على ذلك فيتبـع ما نص عليه .

---

(١) اعتبار نصيب الجماعة غير المحصورة سهما واحداً أحد آراء الفقهاء ، وهو مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف ، والقول المشهور للحنابلة ، والرأى الثانى يجعل لها سهمين . وإليه ذهب محمد بن الحسن من الحنفية ، والرأى الثالث يجعل لها ثلاثة أسهم ، وبه يقول الشافعية، وسبب هذا الخلاف يرجع إلى اختلافهم فيما إذا أوصى لغير المحصورين كالفقراء مثلا ، هل يجزئه الدفع إلى واحد فقط كما يقول أصحاب الرأى الأول ؟ أو لا يجزئه إلا الدفع إلى اثنين لأنها أقل الجمع فى بابى الميراث والوصية كما يقول أصحاب الرأى الثانى ؟ أو لا يجزئه إلا الدفع إلى ثلاثة لأنها أقل الجمع لغة ؟ والقانون اختار الرأى الأول . وقد سبق بيان وجهة رأى الحنفية فى هامش الكلام على الوصية لمن لا يحصون .

راجع المغنى ج ٦ ص ١٢٣ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ١٩١ .

وإذا بطلت الوصية لواحد من هؤلاء المشتركين اتبع الحكم المقرر فى كل نوع من تلك الأنواع . فإذا بطلت الوصية لجهة أو لمعين باسمه أو بالاشارة ، أو لجماعة غير محصورة عاد نصيبه إلى ورثة الموصى ، وإذا بطلت فى حق واحد من الجماعة المحصورة المعروفة بالوصف أو بالجنس رد نصيبه لبقية الجماعة لأن الوصية لما يصدق عليه هذا العنوان كما بينا ذلك من قبل . وإليك أمثلة توضح ذلك .

١ — أوصى لمحمد وعلى ومحمود وعادل ومسجد البلدة وفقرائها وكان مقدار الوصية ثلاثين فدانا . هذه الوصية تقسم إلى ستة أسهم لكل واحد من المعينين بأسمائهم سهم ، وللمسجد سهم ، وللفقراء سهم ، فيعطى لصاحب كل سهم خمسة أفدنة .

٢ — أوصى بجزء من ماله للمسجد وللملجأ ولطلاب العلم فى بلده . قسم مقدار الوصية على ثلاثة أسهم واحد للمسجد ، وآخر للملجأ . والثالث لطلاب العلم . هذا إذا كان طلاب العلم لايحصون فإن كانوا يحصون يعطى لكل واحد سهم ولكل من الملجأ والمسجد سهم .

٣ — أوصى لأبناء أخيه ولأخته وللغرباء بثلث ماله . فلما توفى الموصى كان أبناء أخيه ثلاثة ولا ينتظر زيادتهم قسمت الوصية على خمسة أسهم يعطى لكل واحد من أبناء أخيه سهم ولأخته سهم ، وسهم يكون للغرباء .

٤ — فى المثال السابق . لو كان أبناء أخيه عند موته ثلاثة وينتظر أن يولد غيرهم فلا تقسم العين الموصى بها بينهم ، بل تقسم غلتها على الموجودين منهم وبقية الموصى لهم كل واحد منهم سهم ، فإذا ولد له ولد رابع قسمت الغلة تقسيما آخر على سهام ستة ، وهكذا كلما زاد واحد نقضت القسمة السابقة حتى ينتهى عددهم إلى حد

لا يتصور زيادتهم بعد ذلك . كأن يموت هذا الأخ ، أو يحصل اليأس من الولادة له . فحينئذ تقسم العين عليهم ، للأخت سهم وللغرباء آخر ، ولكل واحد من أبناء الأخ سهم .

وهذه الأحكام وافق عليها القانون مذهب الحنفية ، كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية ، ولم يخالفه إلا في حكم الصورة الرابعة ، وهي ما إذا كان بين الموصى لهم جماعة محصورين وجد بعضهم حين وفاة الموصى ، ويحتمل وجود غيرهم فإنه أخذ فيها بمذهب المالكية في الوصية للمعدوم ، ولذا جاء في المذكرة التفسيرية بصدد التعليق على هذه المادة ما يلي :

ولو كان الموجود حين موت الموصى بعض من يحصون ويحتمل وجود غيره اتبع في ذلك مانص عليه في المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ . كما إذا أوصى لزيد وولد عبد الله ومستشفى فكان الموجود عند وفاة الموصى زيداً وثلاثة من أولاد عبد الله فإن الغلة تقسم على خمسة لزيد سهم ، ولكل واحد من أولاد عبد الله سهم ، وللمستشفى سهم ؛ وكل من يوجد بعد ذلك من ولد عبد الله يشترك مع من يكون موجوداً ، وسبق أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب المالكية .

بقيت مسألة متممة لهذا الموضوع . وهي ما إذا بطلت بعض الوصايا التي تعود إلى ورثة الموصى في الوقت الذي ضاق فيه الثلث عن تنفيذ جميع ما أوصى به ولم يجز الورثة تلك الزيادة . وقد تكفلت به المادة الرابعة والثلاثون (١) .

---

(١) ونصها « إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية » .

وهو أن يقسم الثلث على جميع الوصايا بالمحاصة — كما هو مقرر فى حالة تزاحم الوصايا ، وسيأتى توضيحه — ثم يعطى لأصحاب الوصايا الصحيحة نصيبهم منه ، ويحل ورثة الموصى محل أصحاب الوصايا الباطلة . بمعنى أنه يرد إلى التركة أنصباء أصحاب تلك الوصايا من الثلث ، فتنفيذ الوصية فى هذه الحالة سيقتصر على نصيب أصحاب الوصايا الصحيحة الباقية من الثلث .

فلو أوصى شخص لأولاد أخيه الثلاثة بستمائة جنيه ، وللملجأ العجزة بأربعمائة وللمسجد بمائتين ، وكانت قيمة التركة عند وفاة الموصى ألفاً وثمانمائة جنيه ، ولم يجز الورثة الزيادة ، ورد اثنان من أولاد الأخ الوصية ، فالوصية فى هذه الحالة لا تنفذ إلا فى الثلث وهو ٦٠٠ جنيه توزع بين الوصايا بالمحاصة بنسبة أنصبائهم إلى بعض أى بنسبة ٣ : ٢ : ١ . لأنه أوصى لأولاد أخيه فى الأصل بـ $\frac{1}{3}$ التركة ، وللملجأ بـ $\frac{2}{9}$ التركة ، وللمسجد بتسعها ، وباستخراج المضاعف البسيط لهذه الكسور نجده أوصى بستة أسهم من تسعة .

وحيث إن الورثة لم يجيزوا الزيادة على الثلث فيقسم مقداره على ستة أسهم يكون لأولاد الأخ ثلاثة منها . كل واحد سهم ، وللملجأ سهمان ، وللمسجد سهم واحد ، فيصرف لمن يرد الوصية من أولاد الأخ ١٠٠ جنيه ، للملجأ ٢٠٠ جنيه . وللمسجد ١٠٠ جنيه ، ويرد نصيب من ترك الوصية وهو ٢٠٠ جنيه إلى التركة يقسم على الورثة مع باقيها ، وهذا هو معنى كون الورثة يحاصون بهذا النصيب أرباب الوصايا الأخرى .

ولقد صرحت المذكرة التفسيرية بأن القول يعود نصيب من بطلت وصيته إلى ورثة الموصى مأخوذ من مذهب الشافعى ، والقول بالمحاصة مأخوذ من مذهب الإمام مالك .

المبحث الرابع
فى
شروط الموصى به وما يتبع ذلك من بيان مقدار الوصية ووقت تقريره

الموصى به هو محل الوصية التى يظهر حكمها فيه . ولقد شرط الفقهاء فيه شروطاً لصحة الوصية وأخرى لنفاذها . فشرطوا لصحتها ثلاثة شروط أتى بها القانون فى مادته العاشرة[١]، وقالت مذكرته التفسيرية . إن هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية لذلك سنقتصر على بيان ماجاء به القانون . ونترك تفصيل آراء الفقهاء لعدم الحاجة إليها .

الشرط الاول : أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى، وهذا الشرط ينطوى تحته أربعة أنواع يصح بها الوصية . منها ثلاثة يجرى فيها الإرث وهى .

١ — الأموال المحوزة للانسان بكافة أنواعها ، عقارات ومنقولات. مثلية كانت أو قيمية ، سواء كانت فى يده أو فى يد أخرى قائمة مقام يده . كالمال الذى تحت يد

(١) ونصها . يشترط فى الموصى به : —
١ — أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى .
٢ — أن يكون متقوما عند الموصى إن كان مالا .
٣ — أن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معينا بالذات .

(٢) جاء فى البدائع جـ ٧ صـ ٣٥٢ . وأما الذى يرجع إلى الموصى به فأنواع منها « أن يكون مالا أو متعلقاً بالمال » وفى صـ ٣٥٤ عبارة تكاد تتفق معها عبارة المادة فى لفظها ونصها « لأن الوصية إنما تجوز فيما يجرى فيه الإرث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود فى حالة الحياة » ..

الوكيل أو المستأجر أو المودع أو المستعير أو المرتهن ، أو في يد أخرى ظالمة، كالمال المغصوب أو المسروق والممنوع عن مالكه بغير حق .

وإن شئت قلت : الأموال المحوزة حقيقة أو حكما .

٢ — الحقوق المالية أو الملحقة بالمال ، لأنها تنقلب في نهايتها إلى أموال كحق الشخص في غلة وقف ظهرت ولم يبد صلاحها ، أو حقه في الغنيمة التي لم تقسم بعد ، والدين الذي في ذمة الغير ، وحق الدية . فإن هذه الحقوق تؤول إلى أموال عند فرزها وقبضها .

٣ — الحقوق العينية[1] التي ليست في ذاتها أموالا ولكنها تقوم بالمال أو تزيد في قيمة العين كحقوق الارتفاق من الشرب والمجرى والمرور والمسيل .

٤ — المنافع : وهذه لا يجرى فيها الإرث عند الحنفية ، ولذلك تبطل العقود الواردة عليها عندهم بموت أحد المتعاقدين . كعقد الإجارة يبطل بموت المؤجر أو المستأجر ، ولكن تصح الوصية بها ، لأن للانسان أن يتعاقد عليها في حياته .

---

(١) أما الحق الشخصي المحض فلا يورث باتفاق الفقهاء : كحق الوظيفة والمتعة بين الزوجين ، وحق الولاية على النفس وحق الحضانة وغيره ، وهناك نوع من الحقوق له شبهان . شبه بالحق المالي وآخر بالحق الشخصي ، وهذا موضع الاجتهاد والنظر ، فإن اتفقت الأنظار على تغليب الشبه الشخصي امتنع إرثه . كحق الانتفاع بالسكنى بسبب الإباحة ؛ وإن اتفقت على تغليب الناحية المالية كحق حبس الرهن فإنه يورث اتفاقا ، وإن اختلفت الأنظار في تغليب أي الشبهين كان موضع خلاف . كحق خيار الشرط ، فالحنفية غلبوا الناحية الشخصية فمنعوا إرثه ، وغيرهم غلب الناحية الأخرى فقالوا إنه يورث وهكذا .

وإنما صحت الوصية بما لايكون محلا للارث مع أن الإرث والوصية شبيهان لايثبت الملك بهما إلا بعد الموت ، لأن الإرث خلافة محضة فلا يكون إلا لشيء مملوك للمورث حين الوفاة ، أو لحق متعلق بالملك ، والأموال والحقوق المتعلقة بالمال مملوكه له فى هذا الوقت فتورث ، أما المنافع فقد ملك منها ماوجد فى حياته ، وهذه قد انتهت لاوجود لها . لأنها أعراض لاتبقى بعد وجودها ، أما مالم يوجد منها فلم يملكه بعد . فإذا مات كانت غير مملوكة فلا تنتقل بالإرث ، لأن الانتقال فرع الملكية السابقة ، وهى غير موجودة لعدم وجود المنفعة المتعلق بها الملك .

أما الوصيه فهى تمليك بعقد يقع حال حياة الموصى ، ولا يوجد أثره إلا بعدوفاته فهى فى ابتدائها عقد ، وفى نهايتها تشبه الخلافه ، فلم تكن كالإرث حتى تقصر على مايصلح أن يكون ميراثا ، بل اتسعت دائرتها فصحت به وبما يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى ، والمنافع يصح التعاقد عليها حال حياته فصحت الوصية بها خصوصا إذا لاحظنا أن الوصية مبنية على التوسعة والتيسير فلا معنى لمنعه من تصرف كان يملكه منجزاً فى حياته .

وعلى هذا تصح الوصية بالأموال بأنواعها ، وبالحقوق التعلقة بها لأنها تورث وتصلح أن تكون محلا للتعاقد حال حياة مالكها ، كما تصح بالمنافع لصلاحيتها للتعاقد عليها بالإجارة والإعارة حال حياة الموصى ، ولا تصح الوصية بما انتفى فيه الأمران مما كالأموال المباحة غير المملوكة فإنها لاتورث ولا تصلح للتعاقد عليها .

ولقد جاء بالمذكرة التفسيرية مثال يوضح ذلك فقالت « فلو أوصى بما تلد أفراسه اقتصرت الوصية على الموجودين من الأولاد حين موت الموصى . لأن ماتلد أفراسه بعد الموت لايدخل تحت الإرث ، ولا يقبل التمليك بعقد فى

حياة الموصى ، ولو أوصى بغلة أرضه دخل فى الوصية الغلة التى تكون موجودة حين موت الموصى وبعد موته ، لأنها تدخل تحت عقد الايجار وإن كان الحادث بعد الموت لايورث :

ومع كون القانون جاء فى ظاهره متفقا مع مذهب الحنفية فى هذا الشرط كما صرحت مذكرته التفسيريه إلا أنه لم يقف عند حدود هذا المذهب فى تفسير ماجرى فيه الإرث من حقوق ، بل تعداه وجوز الوصية ببعض الحقوق التى لاتورث عندهم ، كحق الخلو استناداً لمذهب المالكية .

ولذلك صرحت المذكرة التفسيرية بأنه إذا نص فى هذا القانون على وصايا لايتحقق فيها الضابط المذكور فى هذه المادة كان الحكم استثناء مما هنا

وبهذا لم يغلق الباب أمام مايجد فى المستقبل من أشياء يعتبرها القانون المدنى حقوقا تورث ويصح الوصيه بها .

الشرط الثانى : وهو خاص بالموصى به إذا كان مالا . أن يكون متقوما فى نظر طرفى العقد[1]

فإذا كان غير متقوم لاتصح الوصية لأن المال المتقوم هو الذى يكون محلا للتصرفات فلو أوصى مسلم بخمر أو خنزير لايصح سواء كانت الوصية لمسلم أو لغير مسلم ، لانعدام محل العقد فى نظر الموصى .

ولو أوصى بهما غير المسلم فإن كان لمثله صحت الوصية لتقومهما فى حق غير المسلمين ، وإن كانت الوصية لمسلم لا تصح لعدم تقومهما فى حق المسلمين .

---

(١) البدائع جـ٧ صـ٣٥٢ .

الشرط الثالث : وهو خاص بأعيان الأموال دون المنافع . أن يكون موجوداً في ملك الموصى عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالذات [١] كأن يوصى بدار يشير إليها فإنه يشترط وجودها فى ملكه حين إنشاء الوصية ، لأنه لا يتصور الوصية بشيء معين غير موجود .

وشرط الوجود فى ملك للوصى أحد الرأيين فى مذهب الحنفية [٢] ، فإذا أوصى بشيء غير موجود . كأن يوصى بداره الموجودة فى بلد كذا ولا دار له فيها فإنه لا يصح ؛ وإذا أوصى بشيء مملوك لغيرة كان باطلا حتى ولو ملكه بعد الوصية ثم مات لا تصح وصيته السابقة ، بل عليه إنشاء وصية جديدة بعد الملك إذا أرادها ، فإذا أجاز مالك العين الوصية كانت هبة مبتدأة يراعى فيها شروط الهبة .

وأما إذا كان غير معين بالذات فلا يشترط وجود الموصى به عند إنشاء الوصية سواء كان شائعاً فى بعض المال [٣] كالوصية بثلث غنمه ، أو شائعاً فى كل المال .

(١) المرجع السابق وفيه ، وتصح الوصية سواء كان الموصى به موجوداً وقت كلام الوصية أو لم يكن موجوداً إلا إذا كان فى كلام الموصى ما يقتضى الوجود للحال.

(٢) والرأى الثانى أنها تصح ، وتتوقف على الإجازة فإن أجازها المالك قبل الموت أو بعده نفذت الوصية وإلا بطلت . راجع رد المحتار جـ٥ ص٨٦٦ . وفى حاشية أبى السعود على شرح الكنز لمنلا مسكين « الوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته ، وفيها أيضاً « إذا أجاز الغير تلك الوصية كانت هبة مبتدأة تحتاج إلى توفر شروط الهبة » .

والشافعية يصححون هذه الوصية مطلقاً على رأى ، ويقيد تعليقه على ملكه على رأى آخر .. جاء فى نهاية المحتاج جـ٧ ص١٧ « وكذا تصح الوصية بمملوك الغير إن قال إن ملكته ثم ملكه وإلا فلا كما اعتمده جمع متأخرون ، وحكى الرافعى الاتفاق عليه فى موضع لكن الذى فى الروضة هنا صحتها وإن لم يقل ذلك .

(٣) خالف القانون مذهب الحنفيه فى الموصى به الشائع فى بعض المال لجعله ═

كالوصية بثلث أمواله ، بل الشرط وجوده عند الموت ، ويستمر وجوده حتى وقت القبول ، لأنه وقت تنفيذها .

وبناء على هذا لو أوصى لشخص بثلث ماله ولا مال له صحت الوصية ، ويكون الموصى به ثلث ماله عند الموت بعد أداء الحقوق الأخرى إن وجد له مال ، فإن لم يوجد له مال بطلت الوصية ، وكذلك إذا أوصى بثلث غنمه ولا غنم له حين الوصية صحت ويعتبر الموجود منها عند الوفاة .

واختار القانون هذا الرأى لما فيه من اليسر والسهولة على الموصين ، ولأن الوصية فى ذاتها مبنية على التساهل .

وأما الوصية بالمنافع فلا يشترط وجودها لا وقت الوصية ولا عند الوفاة لأن للمنافع معدومة وقت التكلم ، وتوجد شيئاً فشيئاً .

فإذا أوصى بغلة (١) بستانه وليس فيه غلة وقت الوصية ثم مات ولا غلة له موجودة فإن الوصية تصح ويكون للموصى له ما يستقبل من غلات البستان ما دام حياً .

والشرط فى صحة الوصية بالمنفعة هو كونها من المنافع المباحة باتفاق الفقهاء .

ويشترط لنفاذ الوصية فى الموصى به : أن يكون فى حدود ثلث التركة إذا كان للموصى وارث .

= كالشائع فى كله فى إشتراط وجوده عند الموت ،وهم يجعلونه كالعين بالذات فى اشتراط وجوده عند إنشاء الوصية .

(١) الغلة كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها وأجرتها ، ونحو ذلك . الدر المختار مع حواشى ابن عابدين جـ٥ ص٦٨١ وما بعدها .

فإن لم يكن له وارث لا يشترط هذا الشرط ، بل تنفذ الوصية فى جميع المال ، وإن كان له وارث وأوصى بأكثر من الثلث توقف الوصية فيما زاد عنه على إجازة الورثة ، إن أجازوها نفذت ، وإن لم يجيزوها بطلت . . . وإنما توقفت لأنها تصرف فيما يتعلق به حق للغير وهو الثلثان ، فيتوقف على إجازة أصحاب الحق وهم الورثة ، فإذا لم يكن له وارث انعدم المانع من النفاذ .

والقانون عرض لهذا الشرط فى مادته السابعة والثلاثين (١) . فبين أن الوصية لا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصى لأنه الوقت الذى يثبت فيه حقهم فى التركة ، وبشرط أن تتوفر فيهم شروط الإجازة المعتبرة بأن يكونوا من أهل التبرع قانوناً مع علمهم بالوصايا التى يجيزونها . .

تلك هى شروط الموصى به التى جاء بها القانون لتصح الوصية وتنفذ .

ومنها عرفنا أن الوصية لها مقدار محدد تنفذ فيه من غير توقف ، فإذا زادت عنه توقفت فيما زاد على إجازة الورثة أصحاب الحق فى ثلثى التركة إن وجدوا .

فالمسألة إذاً فيها تقدير ومقدار ، وتجاوز لهذا المقدار يكون معه إجازة ورد .

فمن الذى يملك تلك الإجازة ومتى تصح ، وما الحكم فيما إذا أجاز بعض الورثة ورد الآخرون ، وما هو الوقت الذى تقدر فيه التركة ؟ ؟

كل هذه أمور تتطلب البيان فنقول :

مقدار الوصية

لا خلاف بين الفقهاء — إلا من شذ — فى أن الوصية النافذة التى لا تتوقف

(١) ونصها « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه » .

على إجازة أحد هى التى تكون فى حدود ثلث تركة الموصى لأن القرآن وإن جاء بها مطلقة فالسنة المشهورة قيدتها بالثلث فى حديث سعد بن أبى وقاص « الثلث والثلث كثير » وما فى معناه من الأحاديث .

ومن تمسك بإطلاق القرآن « من بعد وصية » وذهب إلى عدم تقييد الوصية النافذة بالثلث فأجازها بالنصف أو بأكثر منه أو بكل المال حتى ولو كان له وارث كبعض الشيعة الإمامية والأباضية رد الفقهاء قوله وحكموا عليه بالشذوذ لتغاضيه عن السنة المشهورة التى قيدت ما أطلقه القرآن .

وعلى الرأى المعول عليه إذا وقعت الوصية فى حدود ثلث التركة بعد وفاء الديون نفذت من غير حاجة إلى إجازة لأنها تصرف فى خالص حق للموصى لم يتعلق به حتى لغيره حتى تتوقف على رضاه لحديث : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم » .

ورأى آخر يقول : إنها تقع باطلة لا فرق أن يكون له وارث أولا ، لأن رسول الله نهى سعد عنها ، والنهى المطلق يفيد التحريم ، وهو بدوره يقتضى بطلان المنهى عنه[1] .

ورأى آخر يقرر أنها تقع صحيحة موقوفة على إجازة الورثة .

---

(١) أصحاب هذا الرأى مختلفون فيما إذا كان للموصى وارث فى هذه الحالة ، وأجاز تلك الوصية الباطلة . فيرى بعضهم أنه لا أثر لهذه الإجازة ، لأن الباطل لا ينقلب صحيحاً فلا يترتب عليها أى أثر ، فوجودها وعدمها سواء .

ومنهم من يرى أنها تصرف مستقل من الوارث فى خالص حقه فلا يرجع به إلى ما سبق من تصرفات ، بل تجعل ابتداء عطية من الوارث ، ويثبت بها الملك للموصى له متى توفر شروط العطية من قبول جديد وحيازة إلخ .

أما صحتها فلأنها تصرف صدر من أهله فى محله ، فالشخص يتصرف فى ماله المملوك له ، فيقع صحيحاً كسائر تصرفاته من بيع وهبة وغيرها .

وأما توقفها فمراعاة لحق الورثة المتعلق بهذا القدر ، فيترك أمرها إليهم ، إن أجازها نفذت ، لأن المانع زال بتنازلهم عن حقهم ، وإن ردوها بطلت .

هذا إن كان له ورثة من الأشخاص ، أما إذا لم يكن له وارث منهم ، وكان مآل تركته: إلى بيت مال المسلمين « الخزانة العامة » فإنها تقع باطلة عند من يرى أن بيت المال وارث من لا وارث له ، لأنه لا يملك أحد إجازة هذه الوصية حتى الحاكم نفسه لما فيها من إلحاق الضرر ببيت المال ، وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية جاء فى تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٢١ . « فإن رد الوارث الخاص المطلق التصرف الزيادة بطلت فى الزائد إجماعاً لأنه حقه ، فإن كان عاماً بطلت ابتداء من غير رد ، لأن الحق للمسلمين فلا مجيز » .

ومن يرى أنه غير وارث يذهب إلى نفاذ هذه الوصية ، لأن حق الموصى له بكل المال مقدم عليه ، وهو مذهب الحنفية وأحد القولين عند الحنابلة .

وبهذا الرأى أخذ القانون ، كما جاء فى المادة السابعة والثلاثين[1] .

والخلاصة . أن الشخص إذا أوصى بما يساوى ثلث ماله صحت وصيته ونفذت سواء كان له وارث أولا ، وإذا أوصى بأكثر منه ولم يكن له وارث من الأشخاص

---

(١) ونصها «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا عالمين بما يجيزونه .

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة « الخزانة العامة »

نفذت كذلك ، وإن كان له وارث من الأشخاص توقفت فيما زاد عن الثلث على إجازته . إن أجازها نفذت ، وإن ردها بطلت سواء كان الوارث واحداً أو متعدداً .

وإذا أجاز بعض الورثة ورد البعض نفذت فى حق من أجاز ما دام من أهل الإجازة ، وبطلت فى حق من ردها .

فإذا أردنا معرفة نصيب كل منهم نقسم التركة تقسيمين . تقسيم على فرض الإجازة ، وآخر على فرض عدمها ، فمن أجاز الوصية أخذ نصيبه على الفوض الأول، ومن لم يجزها يأخذ نصيبه على الفرض الثانى .

فلو كان الشخص يملك مائة وثمانين فداناً وأوصى منها باثنين وسبعين فداناً وتوفى وله ولدان وبنتان ، ثم أجاز الوصية الزائدة أحد الولدين وإحدى البنتين ، وردها الآخران فإننا نقسم التركة تقسيمين على فرضين .

التقسيم الأول على فرض إجازة الكل يعطى للموصى لهم ٧٢ فداناً ، وكل ولد ٣٦ فدانا ، وكل بنت ١٨ ف .

التقسيم الثانى على فرض عدم الإجازة يخص الوصية ثلث التركة فقط وهو ٦٠ فدانا ، وكل ولد ٤٠ ف ، وكل بنت ٢٠ ف

وعلى هذا توزع التركة كالآتى . يعطى للولد الذى رد الوصية ٤٠ ف ، وللذى أجازها ٣٦ ف ، وللبنت التى ردتها ٢٠ فدانا ، وللتى أجازتها ١٨ فدانا ، ويكون مقدار الوصية ٦٦ فدانا .

وإذا توقف الملك للموصى له فيما زاد على إجازة الورثة فهذه الإجازة لا تعتبر إلا إذا توفرت فيها شروط ثلاثة . اتفق الفقهاء على بعضها ، واختلفوا فى بعضها الآخر .

أولها : أن تـكون بعد (١) موت الموصى، فلا عبرة بما يصدر منهم من الإجازة أو الرد حال حياته ، فلو أجار الوارث الوصية قبل وفاة الموصى كان له حق الرد بعد وفاته ، ولا تلزمه الإجازة السابقة بشيء . وكذلك فى الرد ، لأن حق الوارث فى المال لا يتقرر إلا بعـد الوفاة ، أما قبلها فلا علاقة له بذلك المال حيث لا يعـلم من سيكون وارثاً ، ومن لا يكون ، فتـكون إجازتهم إسقاطاً لحق لم يثبت لهم بعد ، فلا يلزمهم ، كما لو أسقط الشفيع حقه فى الشفعة قبل ثبوته ، والمرأة مهرها قبـل عقد الزواج .

ثانيها : أن يكون المجيز أهلا للتبرع . وهو البالغ العاقل الرشيد ، لأنها إما تمليـك بدون عوض كما يرى البعض ، أو تنـازل عن حق مالى ، وهو ضرب من التبرع ، كما يرى آخرون ، وكل منهما ضرر محض ، فلا يملـكه إلا الرشيد الذى له كامل الحرية فى تصرفاته .

وعلى هـذا لاتصح إجازة الصبى والمجنون والمعتوه والمحجور عليه بسبب السفه أو الغفـلة ، كما لا تصح من أوليائهم ، لأن تصرفاتهم منوطة بمصلحـة من فى ولايتهم .

ثالثها :أن يكون المجيز عالما بما يجيزه ، فإذا كان للموصى وصايا كثيرة والوارث

(١) ومن الفقهاء من يرى أن الإجازة تصح حال حياة الموصى كما تصح بعدها فيلزم الوارث بعد موت الموصى بما صدر منه من إجازة أو رد ، وهناك رأى ثالث وسط بين الرأيين ، وهو أنه إذا كانت الإجازة فى صحة الموصى لا تقيد صاحبها ، فله الرجوع عنها ، وإن كانت فى مرض موته لزمته وليس له الرجوع عنها بعد وفاة الموصى وهـو مذهب مالك .

راجع المغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٤ ؛ وتحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ٧ ص ١٤ . والمبسوط جـ٢٧ ص١٤٧

لا يعرف حقيقتها ، ثم أجازها لا تعتبر هذه الإجازة ، لأنها إما تمليك منه ، أو إسقاط لحقه ، وكلاهما لا يصح إلا لشيء معلوم (١)

والقانون أخذ بهذه الشروط الثلاثة .

وأخيراً يشترط لنفاذ هذه الإجازة ، ألا يكون المجيز مريضا مرض الموت ، فلو أجازها وهو مريض لا تنفذ إجازته إلا فى حدود ثلث تركته هو وتتوقف فيما زاد على إجازة ورثته المتوفر فيهم الشروط السابقة .

وإذا أجاز الورثة الوصية بما زاد على الثلث إجازة صحيحة ملك الموصى له تلك الزيادة بلا خلاف بين جمهور الفقهاء ، ولكنهم مختلفون فى سبب هذا الملك .

فقيل هو وصية الموصى ، وإجازة الورثة ماهى إلا تنفيذ لفعل الموصى السابق الذى صدر فى حينه صحيحاً لكنه توقف تنفيذه لتعلق حق الورثه بتلك الزيادة ، وهذا التعلق جاء متأخراً عن صدور الفعل ، فإذا أجازوا فقد تنازلوا عما لهم من حق الاعتراض والفسخ لحق الميت ، فالمنشىء للحق هو الوصية التى حال المانع دون تنفيذها والإجازة رفعت المانع .

وعلى هذا الرأى لا يحتاج الملك إلى قبض من الموصى لهم ، ولا إلى قبول جديد ، بل يكفى قبولهم الأول ، ويجبر الورثة على تسليم المال إذا امتنعوا عنه بعد الإجازة .

وقيل هى عطية مبتدأة لا تنفيذ لوصية الموصى لأنها صدرت باطلة لنهى الرسول عنها ، والإجازة لا تقلب الباطل صحيحا ، لأن ملك الورثة ثبت فى هذا الجزء بمجرد وفاة الموصى . فإذا أجازوا كان تمليكا ابتداء ، ولا شأن للوصية السابقة فيه .

---

(١) خالف المالكية فى هذا الشرط فقالوا إنه لا يشترط علمه بمقدار مايجيزه لأنها إما هبة مبتدأة أو كالهبة وهبة المجهول جائزة عندهم

وعلى هـذا الرأى يحتاج الملك فى الزيادة إلى قبول جديد ، وقبض منهم ليتم ملـكهم لها ، وإذا امتنـع الورثة عن تسليم هذا المال بعد الإجازة لا يجبرون عليه لأن الملك ثابت لهم قبـل التسليم ، ولا يثبت ملك الموصى لهم فيـه إلا بعـد قبضهم له (١)

ويبدو لى رجحان القول الأول لسلامة دليله وقوته ، وبه أخذ القـانون ، وعبارته « وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يجيزونه » .

ولو كان يعتبرها هبة مبتدأة لشرط فى ثبوت الملك فيها وجود العقد الرسمى فيما

---

(١) كتب الفقهاء فى نسبة هذين الرأيين مضطربة ؛ فبينما تنسب كتب الحنفيـة والمالـكية القول بأنها عطية مبتدأة للشافعية حتى ليظن القارىء أنه هو القول الوحيد عندهم أو ـ على الأقل ـ هو قولهم المشهور عندهم . إذ بنا نجد كتب الشافعية تجعل الإجازة تنفيذاً ؛ ثم تحكى قولا آخر بأنها عطية .

فنى تحفة المحتاج ج٧ ص٢٢ « الإجازة تنفيذ أى إمضاء لتصرف الموصى بالزيادة على الثلث لصحته ، وفى قول عطية مبتدأة » وفى ص ٢١ : الأصح أن إجازته تنفيذ لا ابتداء عطيه .

وكذلك نجد بعض كتب المالـكية تحكى الرأيين عندهم وترجع فى القول بأنه عطية. فنى الشرح الـكبير ج ٤ ص٤٢٧ « وإذا أجاز الورثة كانت عطية ابتداء على القول المشهور لا تنفيذ وصية ؛ وبعد كلام يقول: وفى رأى آخر للمالـكية لا تـكون ابتداء عطية بل تنفيذ وصية ، فلا تحتاج الى قبول آخر وتوصف الوصية على هذا بأنها صحيحة بخلاف الأول .

وجاء فى المنتقى شرح الموطـأ ج٦ ص١٥٧ « فإن أوصى الميت بأ كثر من الثلث فأجازته الورثة جاز ويكون ذلك تنفيذاً منهم لفعل الموصى ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافاً للشافعى فى قوله : انها إبتداء عطية الخ .

إذا كان الموصى به عقاراً ، والقبض فيما إذا كان منقولا . كما شرطه القانون المدنى فى الملك بالهبه .

وقت تقدير الثلث

وإذا كانت الوصية لا تنفذ بدون توقف على الإجازة إلا فى ثلث المال فما هو الوقت الذى يقدر فيه المال حتى يعلم مقدار الوصية النافذة ؟.

الفقهاء مختلفون فى تعيين ذلك الوقت على آراء .

فقيل : إنه يوم الوصية فلا عبرة بما يحدث بعدها من زيادة أو نقصان وهذا الرأى منسوب لبعض الشافعية . كما جاء فى كتبهم (١) .

وليس لهذا الرأى وجه ظاهر ، لأن التمليك بالوصية يكون بعد موت الموصى لا قبله ، ولا يظهر حق الورثة الذى يتعارض مع الوصية إلا بعد الموت ، وأنه يترتب على هذا الرأى حرمان الورثة من الميراث فيما لو أوصى لشخص بألف جنيه مثلا حينما يملك الآلاف الكثيرة ثم نقص ماله حتى كانت قيمته عند الموت ألفاً أو أقل منه فإن الموصى له يأخذها ، ولا يبقى للورثة شئ .

وقيل يعتبر يوم الوفاة سواء قسمت التركة وفرزت الأنصباء فى هذا الوقت أولا ، لأن هذا وقت التمليك بالوصية ، وفيه تلزم من جانب الموصى ، ويثبت الملك للموصى له فيه إلا أنه ملك متوقف على قبوله ، ولهذا لو تأخر القبول عن وقت الموت فإنه يثبت الملك بالقبول مستنداً إلى وقت الموت .

وهذا القول هو المشهور للشافعية(٢) .

---

(١) فى تحفة المحتاج جـ٨ ص٢٢ . وقيل يوم الوصية فلا عبرة بما يحدث بعدها .
(٢) المرجع السابق .

وقيل يعتبر يوم القسمة وفرز الأنصباء : لأنه الوقت الذى تنفذ فيه الوصية بالفعل ، ويستقر فيه الملك . وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية(١) وهو قول الحنابلة .

وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما إذا طرأ على التركة تغير بالزيادة أو النقصان فإن قيمة الموصى به تتأثر بهذا التغيير على الرأى الأخير . فالنقص يلحق جميع المستحقين من موصى لهم وورثة على قدر أنصبائهم ، والزيادة تكون لهم كذلك .

فلو كانت قيمة المال عند الوفاة ثلاثة آلاف وعند القسمة ألف وخمسمائة كان مقدار الوصية خمسمائة ، ولو كان الأمر بالعكس كانت قيمتها ألفا .

وعلى الرأى الذى قبله بالعكس . يكون للموصى لهم ألف فى حالة نقص التركة ، وخمسمائة فى حالة زيادتها . هذا إذا كانت الوصية بسهم شائع . كالنصف أو الثلث مثلا .

---

(١) كثير من كتب المالكية يصرح بأن العبرة بيوم التنفيذ . ففى الشرح الكبير ج٤ ص ٤٢٧ ويعتبر الزائد عن الثلث يوم التنفيذ لا يوم الموت فإذا أوصى بمائة وهى ثلث ماله يوم الموت وكان ماله يوم التنفيذ مائة وخمسين أعطى خمسين وكذا لو قال : أوصيت له بثلث مالى فالعبرة بماله يوم التنفيذ .

وجاء مثل ذلك منح الجليل ، وحاشية العدوى على الخرشى .

ومن صرح بأن المعتبر يوم الوفاة قيده بوجوب مراعاة يوم التنفيذ . ففى شرح الرسالة ج٣ ص ٤ « المعتبر ثلث المال يوم الموت لأن الموصى له لا يملك الموصى له به إلا بعد موت الموصى لكن لا بد من مراعاة يوم التنفيذ ، فإذا كان المال كثيراً يوم الموت بحيث يحمل ثلثه المال الموصى به وطرأ عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نحو جائحة حتى قل فلا يلزم إلا ثلث الباقى ؛ ولا فرق بين وصية المرض والصحة » . اهـ

أما إذا كانت بعين معينة أو بمال مثلى ثم زادت زيادة متصلة أو منفصلة ما بين وقت الموت ووقت القسمة . كما إذا أوصى بحيوان فزاد بالسمن ، أو ولد فإن زيادته متصلة كانت أو منفصلة — تكون للموصى له على القول بأن العبرة بوقت الوفاة ، لأنه نماء ملكه ، ولا تدخل فى الحساب عند تقدير الثلث وعلى الرأى الذى يعتبر وقت القسمة تكون العين موصى بها أصالة ، والزيادة موصى بها تبعاً فيحسبان جميعاً فى تقدير الثلث .

فلو أوصى لرجل بفرس وكانت قيمتها يوم الوفاة مائة والتركة ثلاثمائة ثم نقصت التركة إلى مائتين ، أو ولدت الفرس حتى أصبحت قيمتها مائة وخمسين فإنه على رأى الشافعية تكون الفرس وولدها للموصى له سواء زاد المال أو نقص ، وعلى الرأى الثانى تقوم الفرس وحدها أو هى وولدها عند القسمة ، فإن خرجت تلك القيمة من ثلث التركة فى هذا الوقت نفذت ، وإن زادت نفذت فى مقدار الثلث وتوقفت فى الزيادة .

والقانون لم يصرح بأحد الرأيين فهل يكون العمل بالراجح فى مذهب الحنفية كما جاء فى آخر المذكرة التفسيرية من أنه إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه فى هذا القانون فإنه يجب الرجوع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . كما تقضى بذلك المادة — ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ؟ .

كان هذا هو الظاهر الذى يسبق إلى الفهم ولكن البحث فى القانون فى موضع آخر جعلنا نحكم بأنه يسير مع الشافعية الذين يقررون أن يوم الوفاة هو وقت تقدير الثلث لتلتئم أحكامه ولا تتنافر .

ذلك أنه قرر مادته الخامسة والعشرين[١] أن الموصى إذا كان موجوداً وقت الموت استحق الموصى به من حين الموت ، وأن زوائد الموصى به العين تكون للموصى له ، ولا تدخل فى تقدير الثلث ، وأن على الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة .

وهذه الأحكام — كما ترى — لا تتفق إلا مع القول بأن وقت التقدير هو وقت موت الموصى .

الفصل الثانى

فى أنواع الموصى به

وفيه مباحث

المبحث الأول

فى

الوصية بالمال

تصح الوصية بالمال . معلوماً كان أو مجهولا فتجوز بعين بذاتها ، أو بجزء منها ، أو بنوع من المال ، أو بجزء شائع فى هذا النوع ، أو بجزء شائع فى المال كله .

---

(١) ونصها « اذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى به من حين الموت مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد الموت .

وتكون زوائد الموصى به من حين الملك الى القبول للموصى له ، ولا تعتبر وصية وعلى الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة » .

أثر جهالة الموصى به الوصية

الوصية فى أصلها تبرع مشروع ليتدارك الإنسان بهـا ما فاته من واجبات أو ليصل بها من يريد ، وهى فى الغالب تقع وقت متأخر قريب من الموت لا يتسع لبيان أغراض الموصى وتوضيحها كما يريد ، فتصدر منه وصايا فيها إجمال وإبهام . كأن يقول : أوصيت بجزء من مالى ، أو بسهم منه ، أو اجعلوا جزءاً من أموالى صدقة بعد وفاتى ، فتؤول الوصية إلى تمليك شىء غير معلوم .

وإذا كان المقرر فى العقود أن يكون محلها معلوماً غير مجهول ، وأن نوعاً من الجهالة مفسد للعقود كلها ، وهو الجهالة المفضية إلى النزاع الذى لا يمكن رفعه ، لأن الشارع شرعها لتكون طريقاً لتحقيق مصالح الناس لا لتكون وسيلة إلى النزاع بينهم ، وأن بعض العقود لا تحتمل أدنى أنواع الجهالات ، وبعضها يحتمل الجهالة اليسيرة دون غيرها .

لكن الوصية لا يضرها جهالة محلها وإن لم تكن يسيرة للضرورة التى أشرنا إليها أول الكلام . كما يرى جمهور الفقهاء ، أولا لأنها تبرع لا يضر فيه الجهالة ، كما ترى فقهاء المالكية . ومع ذلك فإن جهالة الموصى به لا تفضى إلى النزاع مهما بلغت مرتبتها حيث وكل بيان المجهول فيها إلى الموصى فى حياته إن تمكن منه . أو إلى طرف واحد وهو الوارث إن وجد ، أو ولى الأمر إذا كان مآل مال الميت إلى بيت المال ، ولا شأن للموصى له فى البيان .

فإذا بين الموصى فى حياته كان للموصى له ما بينه من غير توقف على إجازة الورثة ما دام فى حدود الثلث ، وإن لم يبين كان البيان إلى الورثة ، وحينئذ ينبغى أن يكون بيانهم فى حدود دلالة الألفاظ ، وما يقتضيه العرف ، وما يحقق غرض الموصى من إيصال النفع إلى الموصى له وعلى ذلك إذا بينوا بشىء لا ينفع أصلا ، أو

بشىء قليل الفائدة رد عليهم بيانهم ، لأن الموصى لم يكن عابثاً حينما أوصى .

ولقد ضرب الفقهاء الأمثلة العديدة للوصية بالمجهول ، وبينوا المراد منها ، واختلف بيانهم تبعاً لاختلاف العرف فى تفسير الألفاظ ، أو اختلاف الدلالة اللغوية إذا لم يكن عرف ، وإليك بعض ما قاله فقهاء الحنفية لأن مذهبهم هو الذى يعمل به فى هذه المسائل حيث لم يعرض لها القانون .

قالوا : إذا أوصى بجزء من ماله ، أو بشىء منه ، أو بحظ أو نصيب منه ، أو ببعضه ولم يبين فى حياته كان البيان لورثته . فيقال لهم : اعطوه أى قدر من المال بعد أن يكون مفيداً .

وإذا أوصى بسهم [1] من ماله قيل إن البيان إلى الورثة أيضاً بناء على أن السهم كالجزء فى عرف الناس يطلقان على القليل والكثير فلا تلزم الورثة بقدر معين .

وقيل إنه يتعين عليهم إعطاء قدر معين وهو أقل أنصباء الورثة [2] بحيث لا يزيد

---

(١) المالكية يقولون : إذا أوصى بسهم أو بجزء من ماله كان للموصى له سهم من أصل الفريضة فإن كانت من أربعة أعطى ربعها ، وإن كانت من ثمانية أعطى ثمنها ، وإن كانت عائلة أخذ سهما منها بعد عولها فإذا كانت من ٢٤ وعالت إلى ٢٧ أخذ جزءا من ٢٧ هذا إذا كان له وارث فإن لم يكن له وارث أعطى ثمنها على الرأى الراجح عندهم باعتبار أنه أقل سهم فرضه الله تعالى . راجع شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٥ ص ٤٢٩ .

(٢) جاء فى الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٩٨، ٩٩ ولو أوصى بسهم من ماله أو بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم ، وهذا الذى ذكرنا اختيار المشايخ بناء على ماعرفنا من أن السهم كالجزء وأما أصل الرواية فبخلافه، فذكر فى المبسوط : إذا أوصى بسهم لرجل من ماله فله أخس مثل سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى السدس فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة رحمه الله تعالى النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس ، وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ؛ وقالا يعطى الموصى له أخس سهام الورثة إلا أن يزيد على الثلث فحينئذ

على السدس عند أبي حنيفة ، فإن زاد أعطى السدس فقط ، وقال صاحباه يعطى أقل له الثلث كذا فى الكافى ، ولو أوصى لرجل بسهم من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة الابن فصار كأن له ابنين فيكون بينهما مناصفة كذا فى محيط السرخسى .

وفى البدائع جـ ٧ ص ٣٥٦ : ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس الأنصباء يزاد على الفريضة مالم يزد على السدس عند أبي حنيفة ، وعندهما . مالم يزد على الثلث كذا ذكر فى الأصل .

وذكر فى الجامع الصغير له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على السدس عند أبي حنيفة ، وعندهما لايزاد على الثلث . فعلى رواية الأصل يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لايجوز .

وبيان هذه الجملة . إذا مات الموصى وترك زوجة وابنا فللموصى له على رواية الأصل أخس سهام الورثة وهو الثمن . يزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطى تسع المال . وعلى رواية الجامع الصغير يعطى السدس لأنه أخس سهام الورثة .

ولو ترك زوجة وأخا لأب وأم أو لأب فللموصى له السدس عنده لأن أخس سهام الورثة هنا الربع ، وهو لايجوز الزيادة على السدس ، وعندهما الربع لأنه أقل سهام الورثه ، وأنه أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعها وذلك سهم وهو خمس المال .

ثم قال : وجه قولهما أن السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر ، بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء إلا أنه لايسمى سهما إلا بعد القسمة ، فيقدر بواحد من أنصباء الورثة والأقل متيقن فيقدر به إلا إذا كان يزيد ذلك على الثلث فيزاد إلى الثلث لأن الوصية لاجواز لها بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثه .

ولأبى حنيفة ماروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال : له السدس . والظاهر أن الصحابة رضى الله عنهم بلغتهم فتواه ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ، وروى عن اياس بن معاوية أنه قال : السهم فى كلام العرب السدس إلا أنه يستعمل ايضاً فى أحد سهام الورثة والأقل متيقن به فيصرف إليه ، فإن كان أقل منه لايبلغ به السدس ، لأنه يحتمل أنه أراد السدس ويحتمل أنه أراد به مطلق سهم من سهام الورثه فلا يزاد على أقل سهامهم بالشك والاحتمال اهـ .

سهام الورثة بحيث لايزيد على الثلث ، فإن زاد أعطى الثلث فقط . وهذا إذا لم يكن عرف شائع فيه . فإن وجد عرف كان العمل به ، وإنما قالوا يعطى مثل أقل سهام الورثة . لأن لفظ السهم يطلق على القليل والكثير فإذا لم يكن عرف يحدد المراد منه حمل على أقل الأنصباء لأنه المتيقن ، ومازاد مشكوك فيه .

وإذا لم يكن للموصى ورثة ولم يبين فى حياته السهم الذى أوصى به كان للموصى له نصف المال ولبيت المال النصف الآخر ، ومثله فى ذلك الوصية بالجزء ، لأن الموصى بهذه العبارة جعل الموصى له شريكا لبيت المال ، والشركة تقتضى المساواة . فيحمل عليها اللفظ تحقيقاً للمساواة بينهما ، وإن كان اللفظان يطلقان على القليل والكثير .

وإذا أوصى بشىء من ماله أو بقليل منه فإن ولى الأمر يعطيه مالا يصل إلى النصف حيث إن اللفظ لايدل على النصف .

والقانون وإن لم يصرح بجواز الوصية بالمجهول إلا أنه أقر المبدأ لما جوز الوصية بما فيه جهالة كالوصية بنصيب أحد الورثة ، أو بمثل نصيب وارث معين وهو ـ لاشك ـ مجهول وقت الإيصاء .

الوصية بمثل نصيب وارث من الورثة

من صور الوصية بالمجهول التى بين الفقهاء حكمها وأتى بها القانون فى صراحة : الوصية بمثل نصيب أحد الورثة .

والفقهاء متفقون على جواز الوصية بمثل نصيب أحد الورثة معيناً بذاته ، أو غير معين ، واختلفوا بعد ذلك فى موضعين :

أولهما : فى جواز الوصية بنصيب أحد الورثة .

فأبو حنيفة وصاحباه يذهبون إلى عدم جواز هذه الوصية ، لأنها إيصاء بمال الغير حيث إن نصيب الوارث هو مايخصه بعد الموت . بخلاف الإيصاء بمثل نصيبه ، لأن مثل الشيء غيره(١) .

وذهب الأئمة الآخرون ومعهم زفر من الحنفية إلى صحة تلك الوصية . لأن المقصود بقوله « أوصيت لهذا بنصيب ابنى مثلا » التقدير لا الإيصاء بنفس النصيب والكلام على حذف مضاف ، وتقديره أوصيت بمثل نصيب ابنى وبهـذا الرأى أخذ القانون .

ثانيهما : فى تقدير هذه الوصية بعد صحتها . فالمالكية (٢) يقولون : إنه يأخذ نصيبه من أصل المال غير مزيد ، فلو أوصى لشخص بمثل نصيب ابنه ، وكان له ابنان كان مقدار الوصية نصف المال ، ولو كان له ثلاثة أبناء كان مقدارها ثلث المال ، ويقسم الباقى بين الورثة ، وهـذا هو مقتضى القياس كما يقول صاحب تبيين الحقائق من الحنفية ، لأن نصيب الابن قبل الوصية من أصل المال ، وهو النصف فى الصورة الأولى . والثلث فى الصورة الثانية .

ويوافق المالكية فى هذا من الفقهاء ابن أبى ليلى ، وزفر من الحنفية ، وداود الظاهرى .

---

(١) تبيين الحقائق ج٦ ص١٨٨ ، المبسوط ج٢٧ ص١٤٧ .

(٢) راجع الشرح الكبير ج٤ ص ٤٤٦ ، وشرح الخرشى على مختصر خليل ج ٥ ص٤٢٩ ويلاحظ أن المالكية يوافقون الجمهور فيما إذا قال : اجعلوه وارثا مع ابنى ، أو اجعلوه فى عداد الورثه ، أو انزلوه منزلة ابنى ، أو ألحقوه به أو ماشابه ذلك.

وذهب الجمهور (١) إلى أنه يستحق مثل نصيب الوارث مزيداً على أصل المال بمعنى أنه يقسم المال على الورثة الموجودين ، وبعد معرفة سهام كل واحد يزاد مثل سهام ذلك الوارث على أصل التركة ؛ ثم يعطى للموصى له تلك السهام من التركة بعد الزيادة .

فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وكان له ابنان ، فإنه تقسم التركة على اثنين فتكون سهامها اثنين يزاد عليها سهم ، فتصير السهام ثلاثة . يعطى للموصى له سهم منها وهو الثلث .

وفى الصورة الثانية يكون للموصى له ربع التركة ، لأن سهامها تصير أربعة لأنه فى هذه الوصية جعل نصيب ابنه معياراً لما أوجب الوصية فيه ، وجعل وصيته بمثل ذلك ، وهذا يقتضى ألا يزيد أحدهما على الآخر ، فإذا أعطى الموصى له نصيبه من أصل المال لم يكن هذا إعطاء لمثل نصيب ابنه ، وانتفت التسوية بينهما ، مع أن العبارة تفيد التسوية ، والموصى قصدها .

وإذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير معين ، وتوفى وترك ورثة مختلفين فى الأنصباء فعند المالكية يحاسبهم بجزء على عدد رؤسهم ، فإذا كان له ولدان وبنت كان للموصى له ثلث المال ، والباقى يقسم بين الورثة .

والجمهور يذهبون إلى أنه يستحق مثل نصيب أقلهم مزادا على سهام الفريضة .

ففى المثال السابق يقسم المال بين الولدين والبنت فتكون السهام خمسة . يستحق الموصى له مثل نصيب البنت ، وهو سهم واحد يزاد على أصل التركة فتصير مجموع السهام ستة ، فيأخذ الموصى له سدس التركة ، وإنما استحق مثل نصيب أقلهم ، لأن

---

(١) راجع المبسوط وتبيين الحقائق للزيلعي ، والمغنى لابن قدامة ج٦ص٣٢

العبارة تحتمل أنه أراد مثل نصيب أكثرهم ، أو مثل نصيب أقلهم ، ولما كان الأقل هو المتيقن ومازاد عنه مشكوك فيه فلا تثبت الزيادة مع الشك .

هذا إجمال لآراء الفقهاء ، والقانون بعد أن جوز هذا النوع من الوصية لم يفرق بين ما إذا كانت بنصيب أحد الورثة ، أو بمثل نصيبه ، وجعل له مثل نصيب الوارث المعين ، أو نصيب أحدهم فى غير المعين عند التساوى ، ونصيب أقلهم عند اختلاف الأنصباء مزاداً على سهام الفريضة لامن أصلها .

جاء بيان ذلك فى المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢[١] .

وتفصيل ذلك . أن الوارث للموصى بمثل نصيبه إما أن يكون معينا ، كأن يقول : أوصيت لفلان بمثل نصيب ابنى ، أوغير معين . كأن يقول : أوصيت له بمثل نصيب أحد الورثة ، وفى هذه الحالة إما أن يكون أنصباء ورثته متساوية .

---

(١) ونصها مادة ـ ٤٠ ـ « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدا على الفريضة »

مادة ـ ٤١ ـ « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى ، أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائدا على الفريضة إن كان الورثة متساوين فى الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة إن كانوا متفاضلين »

مادة ـ ٤٢ ـ « إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ، ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه : سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين »

وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود ، أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة »

كأن يكون كلهم أبناء أو بنات أو أخوة من نوع واحد ، أو تكون الأنصباء مختلفة . كأن يكون الورثة خليطاً من الذكور والإناث ، وفي كل الصور إما أن يكون مع تلك الوصية وصية أخرى بسهم شائع من التركة ، أو بعين بذاتها أو بمقدار معين من المال . أو لا يكون معها غيرها ، وفي حالة الوصية بنصيب وارث معين قد يكون ذلك الوارث موجودا ، وقد لا يكون موجودا ، بل يفرضه الموصى فرضاً حين الوصية ، ولا يكون له وجود بعد وفاته . كأن يقول : أوصيت لفلان بمثل نصيب ابن لو كان .

هذه صور مختلفة لهذا النوع من الوصية عرض القانون لبيان أحكامها وكيفية تقديرها ماعدا الصورة الأخيرة فإنه تركها ، بل إنها حذفت بعد أن كانت في مشروع القانون بدليل أن المذكرة التفسيرية تكلمت عليها وبينت حكمها . وإليك توضيح هذه الصور .

الصورة الأولى :

أوصى بنصيب وارث معين موجود عند وفاته . كما لو أوصى بمثل نصيب بنته أو أخته مثلا وكان له عند وفاته بنت أو أخت وارثة وفي هذه الصورة يستحق الموصى له مثل سهام البنت أو الأخت .

ولبيان مقدار الوصية تقسم التركة على الورثة الموجودين ، وبعد معرفة سهام كل وارث يزاد على مجموع السهام مثل سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ثم تقسم التركة وإن زاد عليه توقف في الزائد على إجازة الورثة .

فلو أوصى لأخته بمثل نصيب ابنته ومات عن بنت وابن ، وترك ٦٠ فدانا ، فإن التركة تقسم أولا بين الابن والبنت إلى سهام ثلاثة . للبنت واحد منها ، ثم يزاد

سهم على أصلها فتصير السهام أربعة تقسم التركة عليها ، فيخص الأخت الموصى لها ١٥ فدانا ، وهى أقل من الثلث ، والباقى يقسم بين الابن والبنت .

ولو أوصى لأخيه فى المثال السابق بمثل نصيب ابنه ، فإن مقدار الوصية سهمان من خمسة وهو أكثر من الثلث فيتوقف فى الزيادة على إجازة الورثة فتنفذ فى عشرين فدانا ، وتتوقف فى أربعة على الإجازة ، فان أجازها الابن والبنت معاً نفذت ، وقسم الباقى بينهما بالميراث ، وإن ردها بطلت ، وإن أجازها أحدهما فقط نفذت فى حق المجيز دون الآخر كما عرف فيما سبق . جاء حكم هذه الصورة فى المادة — ٤٠ .

هذا هو حكم الوصية بمثل نصيب وارث معين موجود ، أما إذا كان الوارث الموصى بمثل نصيبه غير موجود بل فرض وجوده . مثل أن يوصى لشخص بنصيب ابنه أو بمثل نصيبه لو كان فلم يعرض لها القانون ولكن المذكرة التفسيرية عرضت لهذه الصورة ، وبينت حكمها ، ثم صرحت بأنه مأخوذ من مذهب المالكية ، وهذا يدل على أنها كانت فى مشروع القانون الأول ، ثم حذفت منه عند مناقشته ، فقد جاء فيها ما نصه .

« إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة وبين الموصى الوارث . بأن أوصى بنصيب ابنه ، أو بمثل نصيب ابنه ، أو بنصيب ابن له لو كان ، أو بمثل نصيب ابن له لو كان . سواء أكان له ابن أم لم يكن فإنه يفرض ابن يزاد سهمه على سهام فريضة التركة ، ويكون نصيبه للموصى له ، والباقى للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم .

وإذا كان من أوصى بنصيبه أو بمثل نصيبه لو فرض موجودا يحجب غيره من الورثة حجب حرمان ، أو حجب نقصان فإن الفريضة تصحح بالنسبة لغير

المحجوب ، ثم يزاد عليه سهم الموصى له . كما لو ترك الميت أخا وبنتا وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان اعتبرت التركه سهماً واحداً للبنت يزاد عليه سهمان للابن الموصى بنصيبه فيكون له ثلثا التركة إن أجاز الأخ والبنت ، وإلا كان له الثلث ، والباقى بعد الوصية يقسم بين الأخ والبنت قسمة الميراث مادة — ٤٠ وبعد كلام تقول : والأحكام فى المادة ٤٠ مأخوذة من مذهب الحنفية إلا فى الوصية بمثل نصيب ابن لو كان ولم يكن له ولد فالحكم من مذهب مالك » .

هذا ماجاء بالمذكرة التفسيرية بصدد بيان مسألة الوصية بنصيب وارث مفروض وجوده وليس موجوداً بالفعل . فهل يكون العمل فيها — بعد أن لم ينص القانون عليها — بمذهب المالكية كما جاء بتلك المذكرة ؟ مع أننا نعلم أن مهمة المذكرات التفسيرية ليست مهمة تشريعية ، بل هى موضحة ومفسرة لمشروعات القوانين ، فما جاء فيها لايعتبر تشريعاً إلا إذا صدر القانون وفق مافيها ، أما إذا أتى بما يخالفنا ، أو أهمل جزأ مما تعرضت له فإنه لايعول على ذلك الجزء .

إن الأصل المقرر هو الرجوع إلى مذهب الحنفية فى كل مالم ينص القانون عليه ، ويعمل بالراجح فيه مالم يكن مخالفاً لما فى القانون من أحكام .

وبالرجوع إلى مذهب الحنفية نجده لايخالف القانون فى شىء من أحكامه لأنه وإن خالف ماأخذ به القانون فى الوصية بنصيب وارث معين موجود حيث أبطلها ، والقانون صححها ولم يفرق بينها وبين الوصية بمثل نصيب ذلك الوارث إلا أنه فى هذه المسألة قد سوى بين الصورتين ، وأجاز الوصية بنصيب وارث معين غير موجود (١)

---

(١) جاء فى الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٩٩ « فإن أوصى له بنصيب ابنه أو ابنته وله ابن أو بنت فإنه لا تصح الوصية ؛ ولو أوصى له بنصيب ابنه أو ابنته وليس له ابن وبنت فإنه تجوز الوصية » . اهـ =

كما أجازها بمثل نصيبه ، وفرض له سهاماً مزادة على أصل التركة كما سار عليه القانون فى الوصية بنصيب الوارث بوجه عام ، وحينئذ يتعين العمل بهـذا المذهب فى هذه المسألة .

وسبب التفرقة عندهم بين الوصية بنصيب وارث موجود ، والوصية بنصيب وارث غـــير موجود حيث أبطلوها فى الأولى ، وصححوها فى الثانية . أن الوصية فى الأولى وصية بحق الغـــير فتبطل ، بخلاف الثانية ، لأن الوارث مفروض وجوده ، فهو غير موجود ولا حق له ، فالوصية بنصيبه ليست إيصاء بحق الغير فتصح .

والمقرر عندهم فى هذا الموضع أن التركة تقسم على الورثة الموجودين كى تعرف سهام كل وارث وعلى ضوئها تعرف سهام الوارث المفروض الموصى بنصيبه أو بمثل نصيبه ، ثم تضاف مثل سهام ذلك الوارث على أصل الفريضة ، ثم تعطى للموصى له إن خرجت من الثلث من غير توقف ، فإن زادت توقفت فى الزيادة على إجازة الورثة ، وإذا كان

= ومن هنا لا يظهر وجه لما جاء بالمذكرة التفسيرة من التصريح بأن هذا مأخوذ من مذهب مالك ؛ لأن واضع المذكرة إن أراد أن المالكية هم الذين سووا بين العبارتين « الوصية بنصيب الوارث أو بمثل نصيبه » وصححوا الوصية فى الصورتين ؛ والحنفية لم يصححوا إلا الوصية بمثل نصيب الوراث . إن أراد ذلك فهاهم الحنفية قد صححوها فى هذه الصورة بالعبارتين لعدم وجود المانع ؛ وإن أراد أنه يتبع مذهب المالكية فى كيفية تقدير الوصية فلا وجه له ، لأن التشريع يضطرب ، حيث إن المالكية فى تقدير الوصية يجعلون سهام الموصى له من أصل المال ، والقانون اختار أن تكون مزادة عليه . أى يأخذها من الفريضة بعد الزيادة ، وعلى هذا لا يكون للاحالة على مذهب مالك وجه حتى ولو صدر التشريع بهذه المسألة لأن فى مذهب الحنفية وفاء بها ، والأخذ به لا تضطرب معه أحكام القانون »

الوارث المفروض يحجب بعض الورثة الموجودين حجب حرمان أو حجب نقصان لو كان موجوداً فرض وجوده ليتم الحجب فتوزع التركة بينهم على هذا الأساس .

ولا فرق بين الوصية بنصيب الوارث المفروض والوصية بمثل نصيبه فى الأحكام إلا فى مقدار الوصية الذى يختلف تبعاً لاختلاف عدد الورثة الذين تقسم بينهم التركة فى الحالتين(١) .

---

(١) جاء فى الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٩٩ ، ص ١٠٠ ما نصه « ولو أوصى بنصيب ابن لو كان فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أوصى له بمثل نصيب ابنه يعطى نصف المال أن أجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب الابن لو كان يعطى له ثلث المال . كذا فى شرح الطحاوى ، وقال محمد رحمة الله : رجل هلك وترك أما وابنا - وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت ، فالوصية من سبعة عشر سهماً . للموصى له خمسة ، وللأم سهمان ، وللابن عشرة ، والوجه فى ذلك أن تصحح الفريضة أولا لولا الوصية ، فنقول لولا الوصية لكانت الفريضة من ستة للأم السدس سهم ، والباقى للابن خمسة فإذا أوصى بنصيب بنت لو كانت يزداد على الفريضة نصيب بنت ، وهو نصف نصيب الابن ، فيزاد على أصل الفريضة سهمان ونصف ، فصار ثمانية ونصف ، فوقع الكسر فوجب التضعيف فصار سبعة عشر ، وصار لكل ضعف ذلك . يعطى للموصى له أولا خمسة لأن وصيته حصلت بأقل من الثلث فتكون متقدمة على الميراث . يبقى ثمة اثنا عشر تعطى الأم السدس سهمان يبقى عشرة ؛ فظهر أنا أعطينا الموصى له بنصيب بنت لو كان نصف ما أعطيناه للابن فاستقام التخريج .

قال : ولو ترك امرأة وابناً وأوصى بنصيب ابن آخر لو كان ، وأجازت الورثة الوصية فالفريضة من خمسة عشر للموصى له سبعة أسهم ، وللمرأة سهم ، وللابن سبعة ، والوجه ماذكرنا غير أن هذه الوصية تحتاج إلى إجازة الورثة . .

وإذا هلك الرجل وترك بنتا وأخا ، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان فللموصى له ثلثا المال . والثلث بين الأخ والبنت نصفان . هذا إذا أجازا ، وإن لم يجيزا فللموصى =

ففي صورة الوصية بنصيب ابن لو كان تقسم التركة على الورثة الموجودين بالفعل دون أن يكون معهم الابن ، ثم تضاف مثل سهامه بعد معرفتها ، وفي الوصية بمثل نصيب ابنه تقسم التركة على الورثة الموجودين ومعهم ذلك الابن ، ثم تضاف مثل سهامه على أصل الفريضة .

وسبب هذه التفرقة اختلاف العبارتين في الدلالة . فعبارة مثل نصيب ابنه تقتضي وجود نصيب للابن ، ومثل ذلك النصيب ، لأن مثل الشيء غيره فلا بد من فرض نصيب للابن مع الورثة في أصل التركة وزيادة مثل هذا النصيب عليها بخلاف عبارة نصيب ابنه ، فإنها لاتقتضي إلا وجود نصيب واحد للابن

توضيح ذلك بالأمثلة :

إذا أوصى بنصيب ابن لو كان ، وترك بنتاً واحدة ، فإن المال كله سهم واحد للبنت ، ونصيب الابن على هذا سهمان يزاد على أصل الفريضة فتكون السهام ثلاثة

= له الثلث ، والثلثان بين الأخ والبنت نصفان . . ولو أوصى بمثل نصيب ابن لوكان والمسألة بحالها فللموصى له خمسا المال إن أجازا .

قال : وإذا هلك رجل وترك أخا وأختا ، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وأجاز فللموصى له جميع المال . ولا شيء للأخ ولا للأخت ، ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان .للموصى له نصف المال إن أجازا والنصف الآخر يقسم بين الأخ والأخت أثلاثا ، وإن لم يجيزا فللموصى له ثلث المال ، ويقسم الباقي بينهما

ولو ترك بنتا وأختا وأوصى لرجل بنصيب بنت لوكانت ، فللموصى له ثلث المال أجازتا أولا ، ولو أوصى بمثل نصيب بنت لو كانت كان للموصى له ربع المال أجازتا أولا .

للموصى له سهمان إن أجازت البنت الزيادة ، وإلا فيكون له سهم واحد وهو الثلث ، والباقى فى الحالتين للبنت ميراثا .

وإذا كانت الوصية بمثل نصيب ابن لو كان والمسألة بحالها تقسم التركة بين بنت وابن فتكون السهام ثلاثة يزاد عليها مثل سهام الابن فتصير السهام خمسة . يعطى للموصى له سهمان إن أجازت البنت ، وإلا فيكون له الثلث فقط .

ولو أوصى لشخص بنصيب ابن لو كان وترك زوجة وأخا لأم . ففى هذا المثال لو كان الابن موجوداً لحجب الأخ لأم حجب حرمان ، والزوجة حجب نقصان ، فتقسم التركة على هذا الأساس ، وسهامها ثمانية ، للموصى له سبعة منها يأخذها إذا أجازها الأخ والزوجة ، وإن لم يجيزا كان له ثلث المال والباقى يقسم بين الزوجة والأخ لأم . للزوجة ربعه ، وللأخ لأم الباقى فرضاً ورداً .

ولو أوصى فى المثال السابق لذلك الشخص بمثل نصيب ابن لو كان ، كانت السهام خمسة عشر للموصى له منها سبعة إن أجازها الأخ والزوجة ، وإلا كان له خمسة أسهم ، والباقى بين الزوجة والأخ لأم على الوجه السابق .

الصورة الثانية : أوصى بمثل نصيب الورثة من غير تعيين .

وفى هذه الصورة تقسم التركة على الورثة الموجودين ، وبعد معرفة سهام كل واحد يزاد على مجموع السهام مثل سهام أحد الورثة إذا كانوا متساويين فى الأنصباء أو مثل سهام أقلهم عند عدم التساوى ، ثم توزع التركة على ذلك المجموع الجديد بالطريقة السابقة .

مثال ما إذا كانت السهام متساوية ، أوصى لابن أخيه بمثل نصيب أحد ورثته ، وتوفى عن أب وأم وأربع بنات ، وترك ٧٠ فدانا ، فإن التركة تقسم على الورثة أولا .

للأب السدس ، وللأم مثله ، والباقى بين البنات الأربع ، فالأنصباء متساوية ، ومجموع السهام ستة يزاد عليها واحد ، فتصير سبعة تقسم التركة عليها ، فيأخذ الموصى له سبعها وهو عشرة أفدنة ، وكل وارث يأخذ عشرة .

ومثال الأنصباء المختلفة . أوصى لبنت أخيه بمثل نصيب أحد الورثة ومات عن زوجة وجدة وأختين شقيقتين ، وأخ لأب ، فإن التركة تقسم على الورثة كالآتى . للزوجة الربع ، وللجدة السدس ، وللأختين الثلثان ، ولا يبقى للأخ شىء ، والمسألة من ١٢ تعول إلى ١٣ . للزوجة ثلاثة أسهم ، وللجدة سهمان ، وللأختين ثمانية كل واحـــدة أربعة . فمجموع السهام ١٣ يزاد عليها مثل سهام أقل الورثة ، وهو نصيب الجدة ، فيصير المجموع ١٥ . جاء بيـان حـكم هـــذه الصورة فى المادة ٤١ .

الصورة الثانية : أوصى بوصيتين إحداهما بمثل نصيب أحد الورثة معيناً كان أو غير معين ، والثانية بسهم معلوم من التركة شائع . كالثلث أو الربع أو الخمس مثلا :

وللفقهاء فى استخراج مقدار هذه الوصية طريقتان :

أحدهما : أنه يقدر نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة بالطريقة السابقة كأنه لا وصية غيرها . بأن تقسم التركة كلها على الورثة ، ثم يزاد على مجموع السهام مثل سهام الوارث المعين ، أو مثل سهام أقل الورثة نصيباً ، ويقدر نصيب الموصى له بالنظر إلى هذا المجموع . ثم ينظر إلى الوصيتين معاً فإن خرجتا من الثلث نفذتا من غير توقف على إجازة الورثة ، وإلا توقف الزائد على الإجازة . فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة .

فإذا أوصى لابن أخيه بثلث تركته ، ولبنت أخيه بمثل نصيب ابنته ، ومات وترك أماً وبنتين وأختا شقيقة . تقسم التركة بين الورثة على الوجه الآتى : للأم ١/٦ وللبنتين ٢/٣ ، وللأخت الباقى وهو ١/٦ فالمسألة من ٦ يزاد عليها سهمان للموصى لها بمثل نصيب البنت ، فيصير مجموع السهام ٨ فتكون بنت الأخ موصى لها بالربع ، فاجتمع ثلث وربع وهما أكثر من الثلث ، فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بنسبة الثلث إلى الربع . فنحتاج إلى عدد له ثلث وربع ، وأقل عدد كذلك هو ١٢ .

فإذا كانت التركة ٦٣ فدانا قسم ثلثها وهو ٢١ فدانا بين الوصيتين بنسبة ٣ : ٤ فيعطى لابن أخيه ١٢ فدانا ولبنت الأخ ٩ أفدنة .

والثانية : إنها تقدر من الباقى بعد إخراج مقدار الوصية بالسهم الشائع ، ففى المثال السابق نخرج الثلث أولا ، ثم تقسم الثلثين على الورثة على الوجه السابق للأم ١/٦ وللبنتين ٢/٣ . وللأخت الباقى وهو ١/٦ فالسهام ٦ يزاد عليها سهمان مثل نصيب البنت فتصير ٨ ، وإذا كانت هذه هى سهام الثلثين فتكون أصل التركة من ١٢ يستحق الموصى له بالثلث منها ٤ ، والموصى لها بمثل نصيب البنت ٢ ومجموعها أكثر من الثلث فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة بنسبة ٤ : ٢ .

والقانون بلفظه يسير مع الطريقة الأولى . جاء فى الفقرة الأولى من المادة - ٤٣ - « إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه ، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين » .

والمذكرة التفسيرية توضح ذلك فتقول فى هذا الموضع « إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص ، وبربع التركة لشخص آخر قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بين الوصيتين بالمحاصة إن لم يسعهما ولم يجز الورثة . ففى المثال السابق إذا ترك الموصى ولدين كانت الفريضة من اثنين يزاد عليها سهم الموصى له ، فيكون له الثلث ، والوصيتان ثلث وربع أكثر من ثلث التركة ، فإذا لم يجز الولدان الزائد على الثلث كان الثلث بين الموصى لهما . أربعة سهام لصاحب الثلث ، وثلاثة لصاحب الربع » .

ثم نصت على أن حكم هذه المادة مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل .

فصريح القانون ومذكرته التفسيرية ناطقان بأنه يسير مع إحدى الطريقتين (١) فى مذهب الحنابلة وهى الطريقه المنسوبة ليحيى بن آدم .

---

(١) جاء فى المغنى ج ٦ ص ٣٨ مانصه « وإذا أوصى لرجل بجزء مقدر ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيه وجهان . أحدهما : يعطى الجزء لصاحبه ويقسم الباقى بين الورثه والموصى له كأنه ذلك الوارث إن أجازوا ، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيتين على حسب ماكان لهما فى حال الإجازة ، والثلثان بين الورثه .

والوجه الثانى : أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها ، وهذا قول يحيى بن آدم .

= مثاله : رجل أوصى بثلث ماله لرجل ، ولآخر بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثه ، فعلى الوجه الأول للموصى له بالثلث الثلث ، وما بقى بين البنين والموصى له على أربعه ، وتصح من ستة . لصاحب الثلث سهمان ، وللآخر سهم ، وإن ردوا فالثلث بين الوصيتين على ثلاثه ، والثلثان بين البنين على ثلاثة ، وتصح من تسعة .

وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث الثلث ، وللآخر الربع إن أجيز لهما ، وإن رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة ، والثلثان للورثه . وتصح من ثلاثة وستين .

وهذه الطريقة تسوى بين الوصيتين حيث تعتبر كلا منهما من كل المال . بخلاف الطريقة الأخرى فإنها تعتبر إحدى الوصيتين — وهى ما كانت بالسهم الشائع — من كل المال وتعتبر الأخرى — وهى ما كانت بمثل نصيب أحد الورثة — من باقى المال بعد الوصية الأولى ، والمفروض أن الموصى وضعهما فى موضع واحد ، فكيف نفرق بينهما ؟!

وقد تترجح الطريقة الثانية بأن نصيب الوارث الموصى به لا يقدر إلا بعد إخراج الوصية ، فإذا وجدت وصيتان . إحداهما بسهم مقدر ، والأخرى بمثل نصيب أحد الورثة . قدرت الوصية الأولى من كل المال ، وقدرت الثانية من كل التركة بعد إخراج الوصية وهو الباقى ، فلو قدرناها من كل التركة لم تكن بمثل نصيب الوارث لأن الوارث لن يأخذ هذا المقدار بل أقل منه فيما إذا لم تزد الوصيتان على الثلث .

الصورة الرابعة : أوصى لشخص بعين بذاتها أو بمقدار معين من النقود مع الوصية لآخر بمثل نصيب أحد الورثة كذلك معيناً أو غير معين .

وفى هذه الصورة يتبع فى تقدير الوصية بمثل نصيب الوارث الطريقة السابقة ولما كانت الوصية الأخرى لا يعلم مقدارها بالنسبة لكل التركة حتى يعرف نسبتها للوصية الأخرى عند تقسيم الثلث بينهما فإنه ينظر أولا لما تساويه هذه الوصية من سهام التركة ليعرف نسبتها . أهى ربعها أم خمسها أم غير ذلك فإذا عرفنا مقدار سهام كل من الوصيتين بالنسبة إلى التركة ووجدنا قيمتها تزيد على الثلث ولم يجز الورثة الزيادة قسم بينهما بالمحاصة .

فلو أوصى لشخص بدار معينة ، وكانت قيمتها عند وفاته ألفاً من الجنيهات وأوصى لأخيه بمثل نصيب ابنه ، ثم ترك ولدين وماقيمته ستة آلاف جنيه .

ففى هذا المثال نجده قد أوصى للشخص الأول بما قيمته سدس التركة ، والثانى

بما قيمته ثلثها ، لأن المال بين الابنين على سهمين يزاد عليهما سهم للأخ الموصى له ، وحينئذ يكون قد اجتمعت وصيتان بالسدس وبالثلث ، فإذا لم تجز الورثة تلك الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة بنسبة ١ : ٢

جاء بيان هذه الصورة فى الفقرة الثانية من المادة - ٤٢ - والمذكرة التفسيرية تقول « وإذا كان بدل الوصية بالسهم الشائع وصية بعين من أعيان التركة، أو بدراهم مرسلة قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة ، وقدرت الوصية بالنصيب كذلك . وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق .

أثر هلاك الموصى به أو استحقاقه كله أو بعضه فى الوصية

قد يحدث بعد إنشاء الوصية أن يهلك المال الموصى به كله أو بعضه ، أو يتبين أنه لم يكن مملوكا له حين إنشائها فيؤثر ذلك فى الوصية ، لكن هذا التأثير يختلف باختلاف صور الوصية بالنسبة لما تعلقت به من مال ، لأنها قد تكون بعين بذاتها ، أو بجزء شائع فيها كما تكون بنوع من المال ، أو بجزء شائع فى هذا النوع ، أو بعدد محدد منه ، وقد تكون بجزء شائع فى كل المال ، فهذه ست صور .

الصورة الأولى : إذا كانت الوصية بعين ذاتها — كما لو أوصى بهذه الدار أو بهذه السياره مثلا — تعلقت الوصية بهذه العين ، ولا يمكن صرفها إلى غيرها فتبقى الوصية ما بقى الموصى به ، فإذا هلكت العين كلها بطلت الوصية لفوات محلها ولو هلك بعضها بطلت فيما هلك ، وكان للموصى له باقيها إن خرج من ثلث التركة ، وكذلك لو ظهر استحقاقها حيث يتبين أنه أوصى بما لا يملكه فتعود العين إلى ملك صاحبها ، وحقه مقدم على حق الموصى له ، ولا فرق بينهما إلا في أن الهلاك مبطل

لها إذا حدث قبل القبول والقبض (١) ، والاستحقاق مبطل لها مطلقاً قبل القبول والقبض وبعدهما على السواء .

الصورة الثانية : إذا أوصى بسهم شائع فى معين كنصف دار معينة تعلقت الوصية بنصف غير معين . فإذا هلكت الدار كلها أو استحقت بطلت الوصية ، وإذا هلك جزؤها أو استحق استوفى الموصى له حقه من باقيها إن وفى به ، وإن لم يف به أخذ كل الباقى إذا كان ما يأخذه يخرج من الثلث فى كل الحالات .

وإنما بقيت الوصية صحيحة مع هلاك البعض لأنه لم يتيقن فوات محلها حيث لم يتعين لها جزء خاص ، فما بقى من العين يكون مصروفاً إلى الوصية ، لأنها مقدمة على الميراث ، ولا ضرر يلحق الورثة حيث يسلم لهم ثلثا التركة :

الصورة الثالثة : إذا أوصى بنوع من أمواله — كما لو أوصى بغنمه أو بإبله أو بخيله مثلا — فإن كان يوجد عنده هذا النوع حين إنشاء الوصية تعلقت بالموجود منه حتى لو هلك ما عنده أو استحقت بطلت الوصية لفوات المحل ، فإذا

---

(١) هذا إذا هلكت بغير تعد من أحـــد عليها قبل وفاة الموصى أو بعدها ، وكذلك إذا استهلكت قبل وفاته سواء كانت بسبب موجب للضمان أولا ، أو استهلكت بسبب غير موجب للضمان بعد وفاته .

أما إذا تعدى عليها إنسان بعد الوفاة فأتلفها أو أتلف بعضها وضمن قيمتها فإنها لا تبطل ، لأن حق الموصى له يتعلق بالقيمة . فإن قبل الوصية فى ذلك البدل صحت ونفذت عند الحنفية .

والسبب فى هذا هو أن ملك الموصى له يثبت من وقت موت الموصى فيكون الاستهلاك واقعا على ما يملك فيستحق بدل العين المالكة ، ولأن حق الموصى له قد تأكد فيها بالموت فيثبت لذلك فى بدلها بخلاف ما إذا حصل الاستهلاك قبل الموت فإن حقه لم يتأكد فيبطل بفوات العين ولا يتحول إلى بدلها .

اكتسب منه شيئاً قبل وفاته لا تعود الوصية صحيحة ، لأن الباطل لا ينقلب صحيحاً .

وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الباقي إذا كان يخرج من الثلث ، وإلا أخذ بقدره .

وإذا لم يكن عنده من هذا النوع شيء فإن الوصية تتعلق بما يكون فى ملكه حين الوفاة .

الصورة الرابعة : إذا أوصى بسهم شائع فى نوع معين كالوصية بثلث سياراته — فإن كان عنده سيارات تعلقت الوصية بالموجود منها ، فلو هلكت جميعها بطلت الوصية حتى ولو ملك غيرها من السيارات ، وإن هلك بعضها كان للموصى له[1] ثلث الباقى ما دام يخرج من ثلث التركة ، وإلا أخذ منه مقدار

---

(١) القانون فى هذا الحكم أخذ برأى زفر من الحنفية ، وترك رأى أبى حنيفة وصاحبيه الذين ذهبوا إلى أن الموصى له يأخذ كل وصيته من الباقى متى كانت تخرج من ثلث التركة ؛ فلو أوصى بثلث غنمه فهلك ثلثاها كان للموصى له الباقى عندهم ، وعند زفر يأخذ ثلث الثلث ، لأنه يرى أن النوع الموصى بسهم منه مشترك بين الموصى له وبين الورثة فما هلك يهلك على الكل والباقى يكون بينهم على الشركة أيضاً .

وأما الإمام وصاحباه فيرون أن الهلاك فى المال المشترك يلحق الكل إذا استوت حقوق الشركاء ، وهنا الحقوق متفاوتة ، فحق الموصى له مقدم على حق الورثة ، لأن الوصية مقدمة على الميراث فيصرف الهالك إلى الحق المتأخر وهو حق الورثة ، ويأخذ الموصى له حقه كاملا حيث أمكن جمع حقه فى الباقى ، وصار ذلك كما لو أوصى بعشرة من الغنم فهلكت الغنم كلها ولم يبق منها إلا عشرة فإنه يأخذها الموصى له إذا خرجت من الثلث .

ولقد قيل : إن هذا الخلاف فيما إذا كان النوع الموصى بسهم منه مثلياً لإمكان =

ما يخرج من الثلث وإذا لم يكن عند الموصى شيء من هذا النوع حين الوصية كان للموصى له ثلث الموجود فى ملك الموصى حين الوفاة .

الصورة الخامسة : إذا كانت الوصية بعدد محدود من نوع معين فإن القانون اعتبرها كالوصية بسهم شائع فى النوع على معنى أنه لو هلك النوع كله بطلت الوصية وإذا هلك بعضه فقط كان له سهمه من الباقى .

فلو أوصى بعشرة من غنمه ، وكان له عند الوصية مائة منها اعتبرت الوصية فى هذه الحالة بعشر الغنم ، فلو هلك منها خمسون كان للموصى له عشر الباقى وهو خمسة .

أخذ القانون فى هذا برأى ابن الماجشون من المالكية كما صرحت المذكرة التفسيرية معللة ذلك بأنه أيسر وأعدل ، وترك مذهب الحنفية الذى يجعل للموصى له فى هذه الحالة العدد الموصى به أو ما يبقى إذا كان البقاء أقل منه . ففى المثال السابق يكون للموصى له عشرة من الخمسين الباقية ، فلو هلكت كلها ولم يبق منها إلا عشرة أو أقل أخذها ما دامت تخرج من ثلث التركة ، وإن لم تخرج منه أخذ منها بمقدار الثلث فقط .

ولا شك فى أن مذهب الحنفية يحقق غرض الموصى حيث قصد الوصية بهذا العدد ، ولو أراد الوصية بسهم من هذا النوع لقال أوصيت بعشر هذا النوع لوضوح دلالته على غرضه .

= تجميع حق الموصى له فى بعضه ، وأما إذا كان قيمياً فإنه لا خلاف بينهم . بل هم متفقون على أن الموصى له يستحق حصته من الباقى فقط .

راجع تبيين الحقائق للزيلعى جـ٦ ص١٨٩ .

الصورة السادسة . إذا أوصى بسهم شائع من كل ماله — كما لو أوصى بربع ماله مثلا — تعلقت الوصية بما يكون له عند الوفاة ، ولا أثر للهلاك الذى يصيب المال أو الاستحقاق الذى يتعلق ببعضه قبلها فى الوصيه ، فلو كان ماله وقت الوصية بالربع أربعة آلاف ، ثم صار عند الوفاة ستة آلاف كان للموصى له ألف خمسمائة ولو صار ألفاً كان له منها مائتان وخمسون .

ولو هلك كل ماله الموجود وقت الوصية ، ثم استفاد غيره قبل الموت تعلقت به الوصية ، ولو لم يكن له مال حين الوصية ثم استفاد مالا بعدها كان للموصى له سهمه فى الوجود وقت الوفاة .

جاءت أحكام هذه الصور فى المواد (١) ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ من قانون الوصية على وفق مذهب الحنفية ما عدا حكم الوصية بعدد محدد من نوع معين فقد أخذ فيها برأى ابن الماجشون الفقيه المالكى كما سبق بيانه .

---

(١) ونصها مادة ـ ٤٧ ـ « إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شىء للموصى له ، وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقى منه إن كان يخرج من ثلث التركة وإلا كان له فيه بقدر الثلث » .

مادة ـ ٤٨ ـ « إذا كانت الوصية بحصة فى معين فهلك أو استحق فلا شىء للموصى له ، وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقى إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقى من جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث » .

ماده ـ ٤٩ ـ إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شىء للموصى له وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته فى الباقى إن خرجت من ثلث المال وإلا أخذ منه بقدر الثلث .

وتكون الوصية بعدد شائع فى نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه » .

تنفيذ الوصية بالمال إذا كان فى التركة دين أو مال غائب

إذا كانت التركة كلها مالا حاضراً أخذ أصحاب الوصية نصيبهم كله من غير تأخير، وإذا كانت كلها مالا غائباً أو ديوناً فإن تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب أو تستوفى الديون. فكلما حضر شىء قسم بين الموصى لهم والورثة بنسبة أنصبائهم.

أما إذا كان فى التركة مال حاضر(١) وآخر غائب أو دين، أو كانت خليطاً من الأنواع الثلاثة. فإن اتفق الموصى له مع الورثة على طريقة لأخذ حقه وجب اتباع ما اتفقوا عليه، وإن لم يتفقوا على شىء اختلفت الطريقة تبعاً لاختلاف الموصى به، أو لاختلاف من عليه الدين.

---

(١) المال الحاضر: هو ما كان تحت تصرف الموصى لهأوالورثة فيشمل الأموال التى تحت أيديهم حقيقة أو حكما كالتى تحت أيدى الأمناء كالوكلاء. والتى إذا طلبت أجيب إليها. كالمودعة فى المصارف المأمونة.

والمال الغائب: هو الذى ليس تحت أيديهم لا حقيقة ولا حكما كالموجود فى مكان بعيد غير مأمون. كالبضاعة المسافرة فى سفينة، أو كانت تحت يد غير مؤتمن كالمال المغصوب، أو المودع فى مصرف فى بلد معاد لبلد الموصى، أو الذى فى يد الغير من غير دليل يثبته أو يتعذر تسلمه منه، والاعتبار بالغياب وقت الوفاة، لأنه الوقت الذى تقدر فيه التركة. ثم يستمر غيابه إلى وقت القسمة.

والدين: هو ما كان فى ذمة الغير ولم يستوف إلى وقت القسمة: أما ما استوفى بعد الموت وقبل القسمة فهو مال حاضر.

والنقود المرسلة: هى التى لم تعين بذاتها ولم تكن من نوع معين من ماله كالوصية بمائه جنيه مثلا.

والمراد بالعين، ما يشمل النقود المعينة كالوصية بوديعة بعينها، وعروض التجارة وكل معين من العقارات والمنقولات.

لأن الموصى به قد يكون نقوداً مرسلة ، وقد يكون عيناً من الأعيان ، كما يكون بسهم شائع فى كل المال أو فى نوع منه ، والدين قد يكون على أجنبى ، وقد يكون على أحد الورثة حل وقت أدائه عند قسمة التركة أو لم يحل بعده فيخرج من ذلك صور عديدة .

الصورة الأولى : إذا أوصى بنقود مرسلة وكان فى التركة مال غائب أو دين على أجنبى فإن كانت النقود الموصى بها تخرج من ثلث المال الحاضر أخذها الموصى له كلها نقداً إن وجدت نقود تكفيه ، وإلا بيع له من المال بقدر ما يفى بحقه ، وإن لم تخرج من ثلث الحاضر أخذ منها بقدر ثلث الحاضر ، وكلما حضر شىء من المال الغائب أو الدين أخذ منه بقدر ثلثه إلى أن يستوفى وصيته .

فلو أوصى لشخص بألف جنيه وكان الحاضر من التركة ثلاثة آلاف أخذ الموصى له الألف كلها ، فإذا كان الحاضر ألفاً وخمسمائة ، وقيمة الديون ألفان فإنه يأخذ من الحاضر ثلثه . وهو خمسمائة ، وكلما حضر شىء من الديون أخذ مقدار ثلثه حتى يستوفى .

وإنما أخذ كل حقه فى حالة خروجه من ثلث الحاضر ، لأن الموصى ملكه قدراً معلوماً ولم يجعله شريكا للورثة . والوصية مقدمة على الميراث . فما دام سيبقى للورثة ضعف ما أخذه الموصى له فلا يلحقهم ضرر من جانب الوصية حتى ولو هلك المال الغائب ، بخلاف ما إذا كان يخرج من ثلث الحاضر فإنه لو أعطى حقه كله منه يتضرر الورثة لاحتمال ألا يجىء من الدين أو المال الغائب شىء . فمراعاة لحق الجميع يعطى ثلث الحاضر ، وينتظر مجىء الغائب . أو تحصيل الدين فيشاركهم فيه بمقدار الثلث حتى يستوفى كل حقه .

الصورة الثانية: إذا كانت الوصية بعين من أعيان التركة وفيها مال غائب أو دين على أجنبي — كما لو أوصى بداره المعينة ، أو بقطعة أرض محددة . أو بما فى محل تجارته من بضاعة ، أو بالنقود المودعة عند فلان — فإنه ينظر للعين الموصى بها مع الحاضر من التركة فإن كانت تخرج من ثلثه أخذها الموصى له لأنه لا ضرر على الورثة فى هذه الحالة ، فإن كانت لا تخرج منه أخذ منها بمقدار ثلث الحاضر ، وباقيها يكون ملكا للورثة ، وكلما حضر شيء من المال الغائب أو الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى ما يعادل باقى الوصية وهو قيمة الجزء الذى أخذه الورثة منعاً للضرر عنهم ، وإن كان الموصى له أخذ بعض الموصى به بذاته وبعضه بقيمته .

فلو أوصى لشخص بقطعة أرض محـــددة قيمتها ألف من الجنيهات فإن كان الحاضر من تركته يساوى ثلاثة آلاف أخذ الموصى له قطعة الأرض كلها ، وإن كان الحاضر منها يعادل ألفاً وخمسمائة وفيها ديون تساوى ألفان أخذ الموصى له نصف قطعة الأرض ، وأخذ الورثة نصفها الآخر وكلما استوفى مقدار من الديون أخذ الموصى له ثلثه حتى يستوفى باقى قيمة الأرض .

جاء حكم هاتين الصورتين فى المادة ـ ٤٣[1] موافقاً لمذهب الحنفية فى الصورة الأولى بينما أخذ حكم الثانية مما نقل عن الباجى من فقهاء المالكية كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية .

ولقد كان المشرع موفقاً فى اختياره هذا الرأى لما فى العمل به من تعجيل

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين وكان فى التركة دين أو مال غائب فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقى للورثة ، وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفى حقه » .

قسمة الأعيان الحاضرة واستقرار الأملاك . وعدم ترك جزء من المال متردداً من غير مالك معين مدة قد تطول إلى سنين كما هو فى مذهب الحنفية الذين يقررون : أن العين الموصى بها إذا لم تخرج من ثلث الحاضر أخذ الموصى له منها ما يعادل ثلثه ، وترك باقيها موقوفاً من غير مالك وكلما حضر شيء من المال الغائب أو استوفى مقدار من الدين أخذ الموصى له من معين بمقدار ثلث هذا الجزء حتى أخذها كلها ، فإن لم من الغائب ، ووقع اليأس من حضوره كان باقى العين الورثة . فهذا وإن كان فيه محافظة على غرض الموصى من كل وجه بتنفيذ الوصية فيما عينه بذاته إلا أنه يلحق الضرر بالورثة بتأخير القسمة .

الصورة الثالثة : إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة - لو أوصى بخمس ماله أو ربعه مثلا — فإن الموصى له يأخذ سهمه من الحاضر قليلا كان أو كثيراً ، وكلما حضر شيء من الغائب أو استوفى شيء من الدين أخذ سهمه منه حتى ينتهى الاستيفاء ، لأن الموصى جعل الموصى له شريكا للورثة بهذه النسبة والشركة تقتضى المساواة فى الاستحقاق فى الحاضر والغائب ، والدين والعين على السواء لا تمييز لواحد على الآخر .

وهذا الحكم اتفقت عليه المذاهب الأربعة ، والقانون جاء على وفقه فى المادة — ٤٤[1] .

الصورة الرابعة : إذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من أنواع المال . كما إذا أوصى بنصف أرضه المعدة للبناء ، أو بنصف منازله فى هذه البلدة ، أو بربع

---

[1] ونصها « إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه »

نقوده ، أو بثلث أسهمه فى شركة معينة ، أو بثلث أمواله فى التجارة ، أو ديونه على الناس ، أو شابه ذلك .

ففى هذه الصورة إما أن يكون النوع الموصى بسهم منه حاضراً كله أو ليس حاضراً كله بأن كان غائباً أو ديناً ، أو بعضه حاضراً وبعضه غائباً .

فإن كان كله حاضراً أخذ الموصى له سهمه فيه إذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، فإن لم يخرج منه أخذ الموصى له مقدار ثلث الحاضر ، وأخذ الورثة باقية ، وكلما حضر شىء من المال الغائب أو الدين أخذ الموصى له منه بمقدار ثلث الذى حضر إلى أن يستوفى وصيته .

فلو أوصى لشخص بنصف أرضه الزراعية وترك ٩٠ فداناً ، ومالا غائبا بقيمتها فإنه يأخذ ثلث الأرض ، وهو ثلاثون فداناً ويأخذ الورثة الباقى ، وكلما حضر شىء من المال الغائب أخذ الموصى له مما فى أيدى الورثة من الأرض بمقدار ثلث الذى حضر حتى يستوفى مقدار الوصية وهو ٤٥ فداناً .

وإذا كان ذلك النوع كله غائباً أو ديونا على لم يستحق الموصى له من المال الحاضر شيئاً وإنما يأخذ ثلث ما يحضر من هذا النوع .

فلو أوصى تاجر لرجل بثلث ديونه على التجار ، وترك بضاعة ونقوداً حاضرة فلا يأخذ الموصى له شيئاً من الحاضر ، ولكن كلما حصل شىء من الديون يأخذ ثلثها إلى أن يستوفى جميع الديون .

وإذا كان بعض ذلك النوع الموصى بسهم منه حاضراً وبعضه غائباً أخذ مقدار سهمه من الجزء الحاضر ، ويأخذ الورثة باقيه ، وكلما حضر شىء أخذ منه ما يعادل سهمه إلى أن يحضر كله .

ولقد أخذ القانون فى هذه الصورة بمذهب الحنابلة ، وترك مذهب الحنفية

الذى يجعل كل ما يحضر من النوع الموصى به للموصى له ما دام يخرج من ثلث الحاضر من التركة (١) .

ثم إن القانون جعل للموصى له فى هـذه الصورة أن يسترد ما أخذه الورثة إذا حضر المال الغائب مالم يكن هذا الاسترداد مضراً بالورثة ، فإن تضرروا منه أخذ حقه مما يحضر من المال الغائب .

فلو كان الموصى بسهم منه أرضاً معدة للبناء فقسمت بين الموصى له والورثة ولم يأخذ الموصى له كل نصيبه لعدم خروجه من ثلث الحاضر . فإن الورثة يملكون ما أخذوه بهذه القسمة ، ويباح لهم التصرف بهذا الملك ، فإذا بنوا فيه أو أحدثوا به تحسيناً بحيث يضرهم أخذه ترك معهم وأخذ الموصى له باقى حقه مما يحضر من المال الغائب كما جاء ذلك صريحاً بالمادة الخامسة والأربعين (٢) .

قد يقال : إن مسالك القانون فى هـذا الموضع ليس مستقيما . حيث فرق بين

---

(١) فالحنفية ينظرون إلى الموصى له باعتباره أصبح شريكا للورثة فى التركة فعند التنفيذ ينظر إلى ثلث المال كله فيقدم حق الموصى له فى الاستيفـــاء على حقوق الورثة .

والحنابلة نظروا إلى أن الوصية . جعلت الموصى له شريكا للورثة فى هذا النوع فيستحق كل منها نصيبه فيما يحصل منه ولا شركة له فى غير هذا النوع .

(٢) ونصها « إذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ويكون الباقى للورثة وكلما حضر شىء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم منه على ألا يضر ذلك بالورثة فإن كان يضرهم أخذ الموصى له قيمة مابقى من سهمه فى النوع الموصى به من ثلث مايحضر حتى يستوفى حقه » .

متماثلين ، فقد جعل للموصى له هنا حق استرداد ما أخذه الورثة إلا إذا لحقهم الضرر فيأخذ قيمة ما أخذوه بينما لم يجعل له حق الاسترداد أصلا فى صورة الإيصاء بعين معينة إذا قسمت بينه وبين الورثة ، بل جعل له من أول الأمر أن يأخذ قيمة ما أخذه الورثة مما يحضر من المال الغائب ، وكان الأولى أن يمنع فى هذا الموضع نقض القسمة لتستقر الحقوق ولا تضطرب .

ونحن لا نرى فى هذا المسلك اضطرابا ، لأن المشرع فى الحالتين لاحظ فى نقض القسمة عدم إلحاق الضرر بالورثة ، ولما كان نقضها فى عين معينة ينطوى فى الغالب على ضرر منعه فيها بخلافه فى النوع ، فإنه قد يكون فيه ضرر ، وقد يخلو عنه ، فتجويز المشرع نقض القسمة فى حالة الإيصاء بسهم من النوع إذا لم يترتب عليه ضرر متفق مع عدم تجويز نقضها فى الحالة الأخرى ، لأن مناط المنع هو وجود الضرر ، ونقض القسمة فى دار معينة لا يخلو من ضرر . بخلاف نقضها فى دور كثيرة — إذا كانت الوصية بسهم منها — فإنه قد يخلو من الضرر فى بعض صوره .

هذا هو حكم ما إذا كان الدين على أجنبى لا فرق فيه بين الدين المستحق للأداء عند القسمة والذى لم يحل أجله سواء كان من الجنس الحاضر من التركة أو من غير جنسه ، لأن هذا الدين يخشى عليه من التوى . ولا يوجد مال يعتبر ضمانا له حتى يؤمن ضياعه ، فلا يأخذ الموصى له إلا نصيبه من المال الحاضر فقط ، ويؤخر باقيه حتى يستوفى الدين .

أما كان الدين على أحد الورثة فالأمر يختلف ، لأنه لا يكون عرضة للتوى فى كل صوره ، بل قد يكون مضمونا بنصيبه من المال الحاضر ، فيكون كأنه مال حاضر .

وقد يكون عرضة للتوى فيأخذ حكم المال الغائب ، ومن هنا كان للدين على الوارث حالتـان .

الحالة الأولى : أن يكون الدين مؤجلا لم يحل وقت أدائه عند قسمة التركة وفى هذه الحالة يأخذ الموصى له من وصيته مايعادل ثلث المال الحاضر فقط ، ثم يأخذ باقيها عند استيفاء الدين كما إذا كان الدين على أجنبي .

ذلك لأن الدين المؤجل غير مستحق الأداء قبل حلول أجله ، فلا يمكن استيفاؤه جبراً عن صاحبه بأخذه من نصيبه فى المال الحاضر ، فيكون فى حكم المال الغائب المعرض للضياع .

الحالة الثانية : أن يكون الدين قد حل وقت أدائه عند قسمة التركة فيكون مضمونا بنصيب الوارث المـــدين فيعتبر كالمال الحاضر فيما عادل ذلك النصيب .

وفى هذه الحالة لا يخلو إما أن يكون الدين أقل من نصيب ذلك الوارث فى المال الحاضر ، أو مساويا له ، أو يكون أكثر منه .

فإذا كان مساويا له أو أقل منه اعتبر من المال الحاضر ، فيدخل فى حساب الوصية فيأخذ الموصى له نصيبه كاملا ما دام يخرج من ثلث التركة ، ولا يؤجل منه شيء ، على أى وجه وقعت الوصية . سواء كان الدين من جنس الحاضر من التركة أو لم يكن من جنسه ، إلا أنه إذا كان من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة بينه وبين سهام الوارث المدين ، وإذا لم يكن من جنسه كان نصيب ذلك الوارث بمنزلة الرهن بما عليه من الدين عند الموصى له

وبقية الورثة لا يأخذه إلا إذا أدى ما عليه ، فإن لم يؤده باع القاضى منه مقدار مايوفى بالدين .

فإذا أوصى لشخص بمائتى جنيه وخلف ولدين أحدهما مدين بمائتين حل وقت أدائها . وترك أربعمائة جنيه نقداً ، فإن التركة تقسم على ثلاثة أسهم للموصى له سهم ولكل ابن سهم ، ويعتبر الدين مالا حاضراً ، وتقع المقاصة بينه وبين أسهم الإبن المدين فلا يأخذ شيئاً من النقد الموجود ، بل يقسم بين الموصى له والابن الآخر ، فيأخذ كل واحد مائتين (١) . وبهذا يكون الموصى له أخذ وصيته من المال الحاضر كاملة ، ولو كان الدين لم يحن أجله ، أو كان على أجنبى لم يأخذ الموصى له غير ثلث الأربعمائة فقط ، ثم يأخذ باقى حقه عند استيفاء الدين .

وإذا كان الدين فى الصورة السابقة مائة ، والنقد خمسمائة فإن المدين يأخذ منها مائة ، وتقع المقاصة بين ماعليه من الدين وباقى سهمه .

وإذا أوصى لشخص بثلث ماله ، وخلف ولدين أحدهما مدين بمائتى جنيه وترك مع هذا الدين عقاراً قيمته أربعمائة جنيه . ففى هذا المثال الدين ليس من جنس الحاضر فيقسم الحاضر على الولدين والموصى له ، وكذلك الدين ، فيكون لكل واحد ثلث العقار وثلث الدين ، ثم يسلم العقار كله للموصى له والابن غير المدين ، ويكون نصيب الابن المدين فيه بمنزلة الرهن عندهما نظير حقهما فى الدين الذى عليه ، فإن أدى إليهما ثلثى ماعنده من الدين اقتسماه وسلما له نصيبه فى العقار وهو

---

(١) وعلى طريقة إسقاط أسهم المدين نقول : إن السهام ثلاثة يسقط منها واحد نصيب الابن المدين ، ويقسم المال الحاضر على الموصى له والابن الآخر فيكون لكل منهما مائتان وبذلك يتبين أن الابن المدين قد استوفى مائتين مثل نصيب أخيه فيكون المال الحاضر ٤٠٠ + ٢٠٠ = ٦٠٠ ، وعلى هذا يكون الموصى له أخذ ثلث المال الحاضر .

الثلث ، وإن لم يفعل رفعا الأمر إلى القاضي ليبيع حصته فى العقار لإيفاء ما عليه من الدين .

وإذا كان الدين أكثر من نصيب الوارث المدين اعتبر منه مالا حاضراً مقدار ما يساوى نصيبه فى الحاضر ، وكانت الزيادة كالدين على الأجنبى فيأخذ الموصى له من وصيته ما يعادل ثلث المال الحاضر مضافاً إليه من الدين مقدار نصيب الوارث المدين .

فلو أوصى شخص لآخر بربع تركته وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وترك مائة نقداً ، فالمسألة من أربعة . للموصى له سهم ، والثلاثة الباقية لاتنقسم على الابنين فتصحح إلى ثمانية يكون للموصى له سهمان ، ولكل ابن ثلاثة أسهم تسقط منها سهام الابن المدين ، ويقسم النقد على خمسة أسهم . للموصى له أربعون ، وللابن غير المدين ستون ، وإذا أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفيا مثلها ، فتكون التركة الحاضرة مائة وستين وباقى الدين وهو أربعون يعتبر مالا غائباً وعلى هذا تكون الوصية نفذت فى ربع الحاضر ، والباقى من الدين يكون بين الثلاثة ؛ فإذا حضر حجز المدين منه ماقى نصيبه وهو خمسة عشر ، وأعطى خمسة وعشرين للموصى له والابن الآخر . يأخذ الموصى له منها عشرة ، والباقى يأخذه الابن ، وحينئذ يكون الموصى له أخذ تمام حقه وهو خمسون وكل ابن استوفى خمسة وسبعين .

ولقد قرر القانون أحكام الدين على الوارث فى المادة السادسة والأربعين (١)

---

(١) ونصها « فى جميع الأحوال المبينة فى المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضراً .

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع=

وهى موافقة لمذهب الحنفية مع ملاحظة أنه اعتبر جميـــع أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً .

المبحث الثانى
فى
الوصية بالمنافع

كلمة المنافع يختلف مدلولها عند الفقهاء .

فمنهم من يرى أنها ما قابلت الأعيان ، وهى الأعراض التى تقوم بالأعيان كسكنى الدار ، وركوب الدابة والسيارة ، والخدمة ونحوها ، فعند إطلاقها يراد بها هذه الأعراض ، ولا يراد بها غيرها من ثمرات الأعيان كالثمر والزرع والأجرة والكسب إلا مجازاً إذا وجدت قرينة تدل على ذلك .

وهذا هو أرجح الرأيين عند الشافعية كما فى نهاية المحتاج[1] .

ــــ المقاصة ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً إن كان مساويا لنصيب الوارث فى الحاضر من التركة أو أقل . فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوى هذا النصيب مالا حاضراً وفى هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه فى المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه مـــن الدين . فان لم يؤده باعه القاضى ووفى الدين من ثمنه .

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنسا واحداً للموصى له ، وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقى إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقى جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث » .

مادة ـ ٤٩ ـ « إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شىء للموصى له ، وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته فى الباقى إن خرجت من ثلث المال وإلا أخذ منه بقدر الثلث .

وتكون الوصية بعدد شائع فى نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه » .

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٧ ص ٦١

ومنهم من يرى أنها تطلق على ثمرات الأعيان . سواء أكانت أعراضاً أم أعيانا متولدة منها كالثمر والزرع ، أو غير متولدة منها كأجرة الأرض وكسب الإنسان مثلا وهو قول لبعض الشافعية ومذهب الحنابلة[١] ، وهو الذى يؤخذ من كتب الحنفية حيث دأبت كتبهم على التمثيل للمنافع بالخدمة والسكنى والغلة ، وهى كل مايحصل من ريع الأرض وكرائها ، وأجرة الغلام ونحو ذلك ، فيدخل ثمن الشجر غير المثمر . كالحور والصفصاف كما يقول صاحب الدر المختار[٢] .

وقانون الوصية أراد بها هذا المعنى الثانى . كما صرحت به مذكرته التفسيرية التى تقول « والمراد بالمنافع مايشمل المنافع المحضة للعين كسكنى الدار وزرع الأرض ، أو بدلها كأجرة الدار والأرض ، أو مايخرج منها كثمرة البستان والشجر ، وهو رأى فقهاء الحنابلة فى المنفعة » .

بيد أنها لم تقف بالمنافع عند هذا المعنى الواسع ، بل تجاوزته فجعلت الوصية بالمنافع شاملة للوصية بحقوق الارتفاق وحق التعلى ، والوصية بقدر من المال يدفع شهريا مثلا من غلة أرضه ، والوصية بأن تباع أرضه لشخص مسمى بثمن معين ، أو بالتأجير له كذلك ، أو بالإقراض ، أو بقسمة التركة على وجه معين .

وهذا التعميم الأخير ليس كما ينبغى ، لأنه إن أريد به أن هذه الأشياء الموصى بها داخلة فى حد المنافع فغير مسلم لأن منها أشياء ليست ثمرة للمال كبيع هذه العين

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٥٩
(٢) الدر المختار وحواشى ابن عابدين ج ٥ ص ٦٧٨ ، ص ٦٨١ .

أو تأجيرها لفلان ، أو قسمة التركة ، وإن أريد به أن هـذه الوصايا هى منـافع للموصى لهم فلا وجه لقصرها على هذه الأشياء ، بل إن الوصية بالأعيان فيها منافع للموصى لهم .

ومع هذا فإن هذا الشمول غير مسلم حتى فى مسلك القانون نفسه ، لأنه جعل للوصية بالمنافع فصلا ، وللوصية بالمرتبات ، فصلا آخر ، وللوصية بالحقوق والإقراض وتقسيم أعيان التركة مواد أخرى وهو المواد ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ولم يذكر فى فصل الوصية بالمنافع غير الوصية ببيع عين من التركة أو تأجيرها . جاء حكمها بالمـادة (٥٦)

وعلى هذا سنجعل للوصية بالحقوق ، والإقراض ، وتقسيم أعيان التركة والمرتبات مبحثا خاصاً بعد الـكلام على الوصية بالمنافع .

مشروعية الوصية بالمنافع :

منع بعض الفقهاء كابن أبى ليلى والظاهرية الوصية بالمنافع لأنها إيصاء بما يكون مملوكا للغير حين تنفيذ الوصية . حيث إن الأعيان تنتقل ملـكيتها للورثة بمجرد وفاة الموصى والمنافع تابعة لها ، فتحدث على ملـكهم ، فتـكون مملوكة لهم ، فتؤول الفرصة بها إلى الإيصاء بمال الورثة فلا يصح .

ولأن هـذه الوصية فى معنى الإعارة حيث إنها تمليك المنافع بغير عوض بعد الموت ، وموت المعير مبطل للاعارة فـكذلك يمنع صحة إنشائها ، لأن المنع أسهل من الرفع كما يقول الفقهاء فى قواعدهم .

وذهب جمهور الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة إلى مشروعيتها .

أما عند القائلين بأن المنافع أموال كالأعيان فالأمر بين ، لأنها أموال تقابل

بالعوض كالأعيان فيصح التصرف فيها بالوصية استقلالا .

وأما عند الحنفية القائلين بأنها ليست أموالا فلأن الشخص لما ملك تمليك المنافع فى حياته بعوض وبغير عوض بعقدى الإجارة والإعارة ملك تمليكها بعـد وفاته بطريق الوصية من باب أولى لحاجته إلى هذا التمليك . وحاجة الموصى له للانتفاع .

وجه الاولوية أن الوصية فى مشروعيتها مبنية على التيسير والتخفيف حتى احتملت ما لا يحتمله عقـــد آخر فصحت بالمجهول والمعـدوم ، كما صحت للمجهول والمعدوم .

وقول المانعين إنها وقعت بمال الوارث – غير صحيح ، لأن الموصى لما ملك المنافع وحدها بالوصية جعلها مقصورة بالتمليك ، فأصبحت غير تابعة لملك الرقبة ؛ فلا تـكون وصية بملك الغير ، ومن جهة أخرى . أن ما يحتاج إليه الموصى بعد وفاته جعله الشارع باقياً على ملـكه إلى إن تقضى حاجته كما فى الدين فإنه يبقى من ماله على ملـكه مقدار مايوفى بديونه .

وقياس الوصية على الإعارة فى الإبطال بالموت قياس مع الفارق لأن المعير جعل ملك المنفعة مقصوداً بالتمليك حال الحياة لابعد الموت ، فتبطل به أما الموصى فقد جعل ملك المنفعة مقصوداً بعد الموت فلاتبطل به .

ونظير ذلك التوكيل حال الحياة والتوكيل بعد الوفاة بطريق الإيصاء فإن كلا منهما إنابة للغير إلا أن الأول إنابة حال الحياة فينتهى بموت الموكل والإيصاء توكيل وإنابة بعد الوفاة فلا ينعزل الوصى بموت الموصى (١) .

---

(١) راجع المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٢٦ ، والمغنى ج ص ٥٩ ، والبدائع ج ٧ ص ٣٥١ وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٢

ولهذا يترجح رأى جمهور الفقهاء وهو جواز الوصية بالمنافع ، وبه أخذ القانون ، فصححها سواء كانت بمنافع العين كلها ، أو بعضها ، كما صححها من مالك العين والمنفعة معا ، أو من مالك المنفعة فقط . كالمستأجر الذى يوصى بمنافع العين المستأجرة . كما جاء فى المذكرة التفسيرية .

أنواع الوصية بالمنافع

تقع الوصية بالمنفعة على أشكال مختلفة ، فتارة تكون مقيدة بوقت ، وأخرى تقع مطلقة عن التقييد ، وثالثة مؤبدة ، فهذه أنواع ثلاثة [1] غير أن الوصية المطلقة تتفق فى أكثر أحكامها مع المؤبدة عند الفقهاء . والقانون سوى بينهما فى الأحكام .

وعلى منهج القانون نسير فى بيان الأحكام ونجعلها نوعين .

أولهما : وصية مقيدة بوقت معلوم .

وثانيهما : وصية خالية من التقييد به سواء نص فيها على التأبيد أولا .

النوع الأول : الوصية المؤقتة . وتحتها صورتان .

الصورة الأولى : إذا كانت المدة المحددة معينة المبدأ ، أو النهاية ، أو هما معا. كما إذا أوصى لفلان بسكنى هذه الدار خمس سنوات تبدأ من أول عام ١٩٦٦ ، أو قال تنتهى عام ١٩٧٠ مثلا ، وفى هذه الصورة يستحق الموصى له المنفعة فى هذه المدة المحددة إذا وقعت كلها بعد وفاة الموصى ، فإن امتد أجل الموصى إلى نهاية هذه المدة

---

(١) جاء فى نهاية المحتاج جـ ٧ صـ ١٧ « وبالمنافع المباحة وحدها مؤبدة ومقيدة ومطلقة الخ .

أو أخذ جزءاً منها بطلت الوصية فيما مضى من زمنها المحدد لأن فوات وقت الوصية المحدد للانتفاع فى الوصية بالمنافع يشبه إلى حد كبير فوات العين الموصى بها فى الوصية بالأعيان ، فكما أن هلاك العين الموصى بها مبطل للوصية ، وهلاك بعضها يبطلها فيما هلك كذلك فوات وقتها المحدد فى الوصية بالمنافع مبطل لها فيما فات منه كله أو بعضه لا فرق فى ذلك بين أن يكون الموصى له معيناً أو غير معين ، محصوراً كان أو غير محصور .

فإذا مات الموصى قبل مجىء الزمن المحدد للوصية تكون المنفعة فى هذه الفترة لمالك العين ، سواء كان وارثاً أو موصى له بالرقبة وحدها ينتفع بها إلى أن يحين ابتداء وقت الوصية ، فيأخذ الموصى له العين ليستوفى حقه الموصى له به .

لكن يشترط فى هذه الحالة ألا تطول الفترة بين وفاة الموصى وابتداء وقت الاستحقاق بالوصية حتى تصل إلى ثلاث وثلاثين سنة ، فإذا وصلت تلك الفترة إلى هذا القدر بطلت الوصية كما جاء بالمذكرة التفسيرية ، لأن هذه هى المدة الطويلة المانعة من سماع الدعوى بالحقوق عند الفقهاء فلا محل لبقاء الوصية إذا لم تكن الدعوى بها مسموعة ، ولأنها المدة التى تبطل بها الحقوق فى نظر القانون المدنى .

فلو أوصى شخص لآخر فى عام ١٩٣٠ م بمنفعة عين مدة خمس سنوات تبدأ من أول عام ١٩٧٤ م فإذا توفى الموصى عند انتهاء عام ١٩٤٠ ، أو قبل ذلك بطلت الوصية ، وإذا تأخرت وفاته إلى ما بعد ذلك لا يبطل استحقاقه ، فإذا قبلها وعاش إلى وقتها المحدد استحقها .

الصورة الثانية : إذا كانت مدة الوصية مبهمة غير معلومة المبدأ أو النهاية ، كما لو أوصى لآخر بسكنى داره مدة خمس سنوات من غير تعيين تاريخها .

وفى هذه الصورة يستحق الموصى له منفعة الدار خمس سنوات تبدأ من وقت وفاة الموصى ، لأنه الوقت الذى يثبت فيه ملك الوصية على العموم .

أخذ القانون فى ذلك بالراجح من مذهب الشافعية (١) كما جاء بالمادة الخمسين(٢) .

هذا وقد يعرض للموصى له مانع يمنعه من استيفاء المنفعة الموصى له بها فى زمنها المحدد فيؤجل الاستيفاء إلى وقت آخر ، أو يستحق بدلها تبعاً لاختلاف مصدر المنع، ولذلك صور ثلاث .

الصورة الأولى : أن يكون المانع من جانب أحد الورثة. بأن يحتل الدار الموصى بمنفعتها ويمنع الموصى له من استيفاء منفعته ، وفى هذه الصورة يكون ذلك الوارث متعدياً فيضمن له قيمة مافوته من المنفعة كلها أو بعضها ، وليس للموصى له أن يطالب

---

(١) وفى هذا الرأى يبدأ الوقت عقب الوفاء سواء كان الموصى له حاضراً أم غائبا ، قبل عقب الوفاة أو تراخى قبوله عن ذلك ، ويفوت الانتفاع بفوات الوقت إلا أنه يستحق بدل المنفعة فيما إذا فات عليه بعذر ، وإن فوتها على نفسه لا يستحق شيئا ، وفى رأى آخر عندهم تبتدىء المدة من وقت تمكنه من الانتفاع ، لأن غرض الموصى أن ينتفع الموصى له ، فإذا كان غائبا فان الوقت لايبتدىء إلامن وقت حضورة.

هذا ومن يطالع فروع الحنفية يجد عندهم مثل هذين الرأيين ، وجاء فى الفتاوى الهندية جـ ٦ صـ ١٢٢ . فى الكلام على الوصية بسنة بغير عينها ، وكان يجب أن تتعين السنة التى وجد فيها الموت .

(٢) ونصها « إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة فى هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى اعتبرت الوصية كأن لم تكن ، وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة فى باقيها .

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصى » .

بتمكينه من الانتفاع بالدار مدة أخرى إلا إذا رضى جميع الورثة بذلك ، فيكون بالخيار بين أخذ البدل والانتفاع .

الصورة الثانية : أن يكون المانع من جميع الورثة بأن يمنعوه من الانتفاع كل المدة أو بعضها ، وفى هـذه الصورة يضمن الورثة للموصى له حقه لتعديهم عليه ، والضمان هنا بأحد أمرين . إما بإعطائه قيمة المنفعة ، أو بتمكينه من الانتفاع مدة تعادل المدة التى فاتت عليه ، وهو بالخيار بين الأمرين ، فإذا اختار أحدهما أجبر الورثة على تنفيذ ما اختاره .

الصورة الثالثة : أن يكون المنع بسبب من جانب الموصى ، أو بعذر يحول بين الموصى له والانتفاع .

وفى هذه الصورة يستحق الموصى له الانتفاع مدة أخرى تبدأ من وقت زوال المانع .

فلو أجر الموصى الدار الموصى بمنفعتها مدة معلومة ، ثم مات قبل انتهاء مدة الإجارة ، فإن عقد الإجارة لاينفسخ بموت المؤجر ، بل يبقى حق المستأجر فى المنفعة إلى أن تنتهى مدة العقد ، وهذا عند الشافعى الذى أخذ القانون أحكام المنع من الانتفاع من مذهبه ، فالمانع من الانتفاع هنا جاء بسبب من جهة الموصى ، وعليه لا يكون للموصى له أن ينتفع إلا بعد انتهاء حق المستأجر ، لأن حقه متقدم على حق الموصى له .

وإذا كان الموصى له سجيناً أو غائباً وقت ابتداء مدة الوصية كان المانع من جهته ، وهو عـــذر حال بينه وبين الاستيفاء فيستوفى المنفعة بعـد زوال العذر .

ولا يخفى أن المنع من الانتفاع إنما يكون فيما إذا كان الموصى به انتفاعاً شخصياً أما إذا كان الموصى به استغلالا فالغلة له فى المدة المحددة ، وعلى من أخذها أو منعه من الاستغلال أن يسلمها له ، أو يضمن له قيمتها .

جاء بيان أحكام المنع فى المادة الحادية والخمسين[1] مستمده من مذهب الشافعى .

النوع الثانى :

وهو الوصية غير المؤقتة سواء نص على تأبيدها أولا وهذا النوع تختلف أحكامه تبعاً لاختلاف الموصى له ، وتحت ذلك النوع صور .

الصورة الأولى : أن تكون الوصية لمعين واحداً كان أو أكثر على وجه التأبيد أو الإطلاق ، أو مدة حياة الموصى له . كأن يقول : أوصيت بسكنى هذه الدار لفلان أبداً ، أو مدة حياته أو لم يحدد مدة ولم ينص على التأبيد ، أو يقول . أوصيت لفلان وفلان بسكنى هذه الدار ، أو لمن سيولد لفلان .

وفى هذه الصورة يستحق الموصى له سكنى الدار مدة حياته فقط ، ثم تعود المنفعة لمالك الدار بعد ذلك .

أما على النص على مدة الحياة فظاهر ، وأما على الإطلاق فلأن المطلق ينصرف إلى الفرد الكامل ، والموصى هنا قصد الانتفاع الكامل للموصى له ، وهذا يتحقق بجعله له مدة حياته ، وأما على النص على التأبيد فلأن الوصية بالمنفعة تنتهى بموت

---

(١) ونصها « إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة مالم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى

وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى أو تضمينهم بدل المنفعة .

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصى ، أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع »

الموصى له . كما هو مقرر بمذهب الحنفية(١) ، وبه أخذ القانون .

جاء حكم هذه الصورة فى المادة الواحدة والستين(٢) لكنها اشترطت أن ينشأ الاستحقاق فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من وقت وفاة الموصى ، فإن تأخر الاستحقاق عن هذه المدة بطلت الوصية .

ويتصور تأخر الاستحقاق للموصى له المعين بالاسم فيما إذا كانت الوصية له معلقة على شرط لم يتحقق عقب وفاة الموصى ، كأن يقول : أوصيت لفلان بسكنى دارى بالاسكندرية إذا نقل إليها ، أو انهدمت داره فيها مثلا .

الصورة الثانية : أن تكون الوصية لقوم غير محصورين ممن يظن انقطاعهم(٣) كما لو أوصى لذرية فلان بغلة هذه الأرض ، أو بسكنى هذه الدار فإنهم يستحقون الوصية إلى أن ينقرضوا ، ثم تعود المنفعة إلى مالك العين .

الصورة الثالثة : أن تكون الوصية لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة برعامة . كما لو أوصى بغلة أرضه للمحتاجين أو للمساكين ، أو للمسجد أو أو للملجأ مثلا .

وفى هذه الصورة يثبت استحقاق الموصى لهم على التأبيد لا يتحدد بأمد سواء

---

(١) وذهب الأئمة الثلاثة إلى أنه فى حالة التأبيد لا تنتهى الوصية بموت الموصى له بل ينتقل الحق إلى ورثته ، وكلما مات واحد منهم انتقل نصيبه إلى ورثته .

(٢) ونصها « إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له بالمنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى »

(٣) تقدم حكم الوصية بالمنافع للطبقات المرتبة وغير المرتبة عند الكلام على أحكام الموصى له .

نص على تأبيد أو أطلق فى وصيته ؛ لأن الوصية فى معنى الوقف ، وكأن الموصى يوقفها بعد وفاته فلا تملك لأحد من بعده .

جاء حكم هاتين الصورتين فى المادة الثانية والخمسين(١) .

الصورة الرابعة : أن تكون الوصية لمعين أو لقوم محصورين مدة معينة ، ثم من بعدهم لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة بر عامة ، كما لو أوصى بغلة هذه الأرض لفلان خمس سنوات ، ثم من بعده للفقراء أو للمسجد أو أوصى لأولاد فلان بغلة هذه الدار عشر سنوات ، ثم من بعدهم للمستشفى .

وفى هذه الصورة تكون الوصية مؤبدة . سواء نص على التأبيد أو أطلق ؛ لأن آخرها لمن لا يظن انقطاعهم ، أو للجهة العامة فتكون العين الموصى بمنفعتها وقفاً كما فى الصورة السابقة .

وأما المنفعة فإنها تكون لمن وجد من الموصى لهم أولا وقت وفاة الموصى واحداً كان أو أكثر ، فإذا انقضت المدة المعينة لهم انتقل الحق الموصى لهم ثانياً ، وهم غير المحصورين أو الجهة .

وإذا لم يكن أحد من المحصورين موجوداً وقت وفاة الموصى ، وكان الأمل فى وجودهم قائماً فإن المنفعة تصرف لأعم جهات البر نفعاً إلى أن يوجد هؤلاء

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأبيد فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم.

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية »

فتصرف لهم بشرط أن تكون المدة الموصى لهم بها باقية ، وألا يكون مضى على وفاة الموصى ثلاث وثلاثون سنة ، فإذا وجدوا بعد انتهاء المدة سقط حقهم وكانت المنفعة للجهة الموصى لها ثانياً ، وإذا وجدوا بعد ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى فإنه يسقط حقهم أيضاً ، وتؤول إلى الجهة الموصى لها ثانياً ما لم يكن فى مدة الوصية الأولى بقية فإنها تكون لأعم جهات البر نفعاً .

وإذا لم يوجد أحد منهم وقت وفاته ، وانقطع الأمل فى وجودهم كانت الغلة لأعم جهات البر نفعاً سواء كانت هى الجهة الموصى لها ثانياً أو غيرها حتى تنتهى مدة الوصية الأولى فتؤول إلى الجهة المعينة .

ومثل ذلك إذا وجدوا وانقرضوا مع اليأس من وجودهم : جاء بيان ذلك فى المادة الثالثة والخمسين (١) .

الوصية بالغلة والثمرة :

ومن صور الوصية بالمنفعة أن يوصى بغلة أرضة أو بثمرتها ، فإذا وجدت وصية بإحداهما ونص فيها على التأبيد أو مدة حياة الموصى له كانت له الثمرة أو الغلة طول حياته ، وإن نص فى الوصية على أن للموصى له ما يوجد منهما وقت وفاته ، أو وجدت قرينة تدل على ذلك كان للموصى له الموجود منها وقت وفاة الموصى إن وجد ، وإن لم يوجد فلا شىء له ، وإن أطلق الوصية بهما ولم توجد قرينة تدل

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة لقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين فى خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى أو فى خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد فى خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة فى المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر » .

على شىء معين كان للموصى له الموجود منهما وقت وفاة الموصى وما يوجد فى المستقبل طول حياته ولا فرق بين الغلة والثمرة .

وإذا لم يوجد شىء منهما فى هذا الوقت كان للموصى له ما يوجد منهما فى المستقبل طول حياته كذلك ، وهذا ما ذهب إليه الشافعية ، وبه أخذ القانون فى مادته الخامسة والخمسين[١] بعد أن عدل عن مذهب الحنفية الذى يفرق بينهما فى حالة الإطلاق ، فيجعل للموصى له بالغلة ما يوجد منها عند وفاة الموصى ، وما يوجد فى المستقبل حتى آخر حياته ، وأما الموصى له بالثمرة فلا يكون له إلا الموجود منها عند وفاة الموصى ، فإذا لم توجد ثمرة عند وفاته فلا يستحق شيئاً وتبطل وصيته فى القياس ، وفى الاستحسان[٢] لا تبطل ويكون له ما يحدث من الثمار بعد الموت إلى أن يموت الموصى له ما دام البستان الموصى بثمرته يخرج من ثلث ماله .

ملكية العين الموصى بمنفعتها

وإذا كانت الوصية فى بعض صورها وهى المؤبدة تأخذ حكم الوقف ، كما لو كانت لقوم لا يحصون ممن لا يظن انقطاعهم أو كانت لجهة بر كذلك ، سواء كان ذلك ابتداء أو مآلا ؛ لأن تأبيد الانتفاع يقتضى جعل العين موقوفة ليمكن

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى وما يستجد منها مستقبلا ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك » .

(٢) راجع الفتاوى الهندية جـ٦ ص١٢٣ ، والمبسوط جـ٢٨ ص٢ ؛ وتفرقة الحنفية بين الوصيتين راجعه إلى اختلاف دلالة اللفظين ، فإن لفظ الغلة يدل على الموجود والمعدوم حقيقة ، ولفظ الثمرة يدل على الموجود حقيقة ولا يدل على المعدوم إلا مجازاً كما يقول صاحب المبسوط ، وهذه التفرقة لا تسلم لهم كما ترى :

تحقيق هذا التأبيد ، وفى هذه الصورة لا تكون العين مملوكة لأحد ، وتكون نفقاتها على المنتفعين .

وأما فى غيرها من الصور فإن ملك المنفعة يثبت للموصى له إلى أن تنتهى المدة المحددة ، أو يموت الموصى له المعين ، أو ينقرض الموصى لهم المحصورين ، والعين تكون مملوكة لغير مالك المنفعة . فقد تكون مملوكة لورثة الموصى ، أو لموصى له آخر فيما إذا وجدت وصيتان إحداهما بالمنفعة . والأخرى بالرقبة .

وإذا كان الملك موزعاً فعلى من تكون نفقات العين فى حالة التوزيع ؟ فى المسألة تفصيل .

إذا لم تكن صالحة للانتفاع ، كما إذا كانت أرضاً غير صالحة للزراعة مثلا فإن نفقات إصلاحها ، وما يفرض عليها من ضرائب تكون على مالك الرقبة ، لأن الموصى له بالانتفاع لا غنم له فيها حتى يغرم نفقاتها .

أما إذا كانت صالحة للانتفاع ، وتمكن الموصى له بالمنفعة منه فإن نفقاتها تكون على الموصى له بالمنفعة فى مدة انتفاعه لا فرق[1] بين ما يتعلق بحفظها وبقائها وبين ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة ، وكذلك ما يفرض عليها من ضرائب ، لأنها تفرض على الانتفاع ، ولهذا تقدر بنسبة الغلة .

وإنما وجبت النفقة على مالك المنفعة لأن النفع له فكان عليه ضره ، والغرم بالغنم .

---

(١) الشافعية يجعلون النفقة المتوقف عليها بقاء العين على مالك الرقبة ، وما عداها على مالك المنفعة كما يؤخذ ذلك من تحفة المحتاج جـ٧ ص ٦٤ . ولكن ابن قدامة فى المغنى ينسب لهم القول بأن جميع النفقات على مالك الرقبة فيقول : إن النفقة على صاحب الرقبة وهو قول أبى ثور وظاهر مذهب الشافعى .

ولأن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر محض فيصير معنى الوصية . أوصيت لفلان بنفع هذا ، وأبقيت ضرره على ورثتى أو أوصيت بضرره لفلان وهذا غير معقول شرعاً[١] .

ثم إن وجوب النفقة عليه ما دام متمكناً من الانتفاع سواء انتفع بالفعل أولا ، أثمرت الأرض أولا بسبب خارج عن إرادته .

وإذا امتنع صاحب المنفعة عن الانفاق عليها أو عن دفع الضرائب المستحقة عليها وقام الرقبة بالإنفاق أو دفع الضرائب كان ذلك حقاً له فى غلتها يقدم على حق المنتفع فيها [٢] .

جاء بيان ذلك فى المادة الثامنة والخمسين [٣] .

ولمالك الرقبة حق بيعها ، ولكن هل يكون هذا البيع نافذا أم يتوقف على إجازة الموصى له بالمنفعة ؟

إذا كان البيع لمالك المنفعة صح البيع ونفذ ، وبطلت الوصية بالاتفاق ، لأنه

---

(١) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦١ .

(٢) جاء فى الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٧ « ولو أوصى بغلة نخلة أبداً لرجل ، ولآخر برقبتها ولم تدرك ولم تحمل فالنفقة فى سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة ، فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة ، فإن حملت عاماً ثم أحالت فلم تحمل شيئاً فالنفقة على صاحب الغلة ، وهو نظير نفقة الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعا وإن كان هو ينام بالليل ولا يخدم ، فإن لم ينفق صاحب الغلة وأنفق صاحب الرقبة عليها حتى تحمل فإنه يستوفى نفقته من ذلك . كذا فى المبسوط جـ ١٨ ص ٤ .

(٣) ونصها « إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة »

ملك المنفعة بملك رقبتها فلا معنى لبقاء الوصية[١] .

وإذا كان البيع لغيره ففقهاء الحنفية يقولون : إنه يتوقف على إجازة الموصى له بالمنفعة . إن أجازه نفذ وبطلت الوصية ، لأن هذه العين تعلق بها حقه فيتوقف التصرف فيها على إذنه ، فإذا أذن فقد أسقط حقه .

ويرى غيرهم أنه لا يتوقف نفاذه على إجازة الموصى له ، بل ينفذ وينتقل الملك إلى المشترى الجديد مع بقاء حق الموصى له فى المنفعة حتى ينتهى حقه ، ثم تعود المنفعة إلى مالك الرقبة فيتم ملكه ، وذلك لأن ملك هذه العين ينتقل إلى ورثة المالك بعد وفاته ، ولا يتوقف على رضا الموصى له ، لأن حقه لا يتأثر بهذا الانتقال فكذلك فى البيع .

والقانون أخذ بالرأى الثانى ، وترك مذهب الحنفية، كما جاء فى مادته الستين[٢]

تقدير المنفعة الموصى بها

قدمنا أن الوصية إذا كانت بالأعيان المالية قدرت بقيمة العين نفسها ، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء ، وبه أخذ القانون .

---

(١) راجع الفتاوى الهندية ج٦ ص١٢٧ وفى المغنى لابن قدامة أن بيع العين الموصى بمنفعتها فيه مذاهب ثلاثة . لا يجوز مطلقا لأن مالا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات ، وقيل يصح بيعه من مالك المنفعة دون غيره لأنه يجتمع له الملكان فينتفع بذلك بخلاف غيره وقيل يصح له ولغيره وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى . وفى تحفة المحتاج ج٧ ص ٦٥ يصح البيع مطلقا إذا لم تؤبد الوصية فإن أبدت صح له لا لغيره .

(٢) ونصها « يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له » .

أما الوصية بالمنافع فالفقهاء مختلفون فى تقديرها تبعاً لاختلافهم فى مالية المنافع وعدم ماليتها من جهة ، واختلاف المنفعة الموصى بها بالتأبيد والتوقيت من جهة أخرى .

فنهم من يرى أن تقديرها يكون بتقدير العين المنتفع بها نفسها ، فإن خرجت العين من ثلث التركة نفذت من غير توقف ، وإلا توقف النفاذ على إجازة الورثة فيما زاد ، وإلى هذا ذهب فقهاء الحنفية . لا فرق عندهم بين الوصية المؤبدة والمؤقتة . طال الوقت أم قصر . معللين ذلك ، كما يؤخذ من [١] البدائع ورد المحتار وغيرهما — بأن الوصية بالمنافع لشخص حبس لها عن الورثة مدة انتفاع الموصى له بها ، لأن المقصود من الأعيان منافعها ، والموصى لا يملك حبس الأعيان عن ورثته إلا فى حدود ثلث التركة ، فإذا كانت العين لشخص والمنفعة مستحقة لآخر أصبحت العين عديمة الفائدة بالنسبة لمالكها ، فصارت الوصية بالمنفعة كأنها وصية بالعين ذاتها ، فتقدر المنفعة بها [٢] .

والحنابلة [٣] يذهبون إلى التفصيل بين الوصية بمدة مقدرة معلومة وبين التى

---

(١) البدائع ج٧ ص٢٥٣ ، ورد المحتار ج٥ ص٦٧٨ ، والفتاوى الهندية ج٦ ص ١٢٢ .

(٢) هكذا علل الحنفية رأيهم فى هذا الموضوع ، وهو كما ترى غير مسلم على إطلاقه ، لأنه إن سلم لهم فيما إذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة فلا يسلم فيما إذا كانت محددة بمدة معلومة ، ومن ذا الذى يقول إن تمليك المنفعة عاما أو عامين يجعل العين لا قيمة لها ؟!

وعندى أنهم لو عللوا رأيهم بأن المنافع ليست أموالا فلا تقوم إلا فى ضمن عقد معاوضة كعقد الإجارة ، والوصية ليست عقد معاوضة حتى تقوم فيها المنافع وحدها لو قالوا ذلك لاستقام مع أصلهم فى المنافع ، وإن لم يسلم لهم هناك .

(٣) راجع المغنى ج٦ ص ٥٩ وما بعدها .

لم تعلم مدتها ، فجعلوا التقدير فى الأولى للمنفعة فقط بأن تقوم العين بمنفعتها فى تلك المدة ، ثم تقوم وحدها بدون المنفعة فيها والفرق بينهما هو قيمة المنفعة ، وهو مقدار الوصية .

وأما الوصية التى لم تعلم مدتها سواء كانت مؤبدة أم مطلقة أو مقيدة بمدة مجهولة كحياة الموصى له مثلا ففى تقديرها وجهان .

أحدهما : أنها تقدر بمجموع الرقبة والمنفعة ، لأن تمليك المنفعة على هذه الصورة يجعل العين لا قيمة لها فى نظر الناس غالباً ، ولأن تقدير المنفعة وحدها حينئذ متعذر .

وثانيهما . أنها تقدر بقيمة المنفعة وحدها . بأن تقوم العين بمنفعتها ، ثم تقوم العين مسلوبة المنفعة كما جاء بالوصية ، والفرق بينهما هو قيمة الوصية ، فإذا قومت العين بمنفعتها بمائة وبدون المنفعة بعشرة تكون قيمة المنفعة تسعين .

وفقهاء الشافعية (١) يوافقون الحنابلة فى هذا التفصيل إذا كانت الوصية بمنافع العين كلها كغلة الأرض والدار ، أو منافعهما ، أما إذا كان الموصى به بعض منافع العين : كما لو أوصى لشخص بثمرة ما فى أرضه من أشجار وهذه الأرض تستغل بالزراعة مع ما فيها من أشجار ، أو أوصى لشخص بألبان بقرة مثلا — ففى

---

(٢) جاء فى نهاية المحتاج ج ٧ ص ٦٨ فى هذا الموضوع « والأصح أنه تعتبر قيمة العبد كلها أى مع منفعته من الثلث إن أوصى بمنفعته أبداً أو مدة مجهولة ، وإن أوصى بها مدة معلومة قوم بمنفعته ثم قوم مسلوبها تلك المدة ، ثم قال : والكلام فى الوصية بجميع المنافع ، فلو أوصى له ببعضها كلبن الشاة مثلا قومت بلبنها ثم خلية عنه أبداً أو الى المدة المعلومة إن ذكرها ، ونظر فى التفاوت أيسعه الثلث أم لا . اه المقصود منه . ومن هذا يعلم أن ما قرره بعض الكاتبين من أن مذهب الشافعية هو تقدير المنفعة وحدها فى جميع الصور ليس محررا .

هذه الحالة تقدرة المنفعة وحدها . بأن تقوم الأعيان بمنافعها كلها ثم تقوم بغير المنفعة الوصى بها ، والفرق بينهما هو قيمة الوصية سواء كانت مؤبدة أو مطلقة أو محددة المدة معلومة كانت أو مجهولة .

والقانون لم يلتزم مذهباً بعينه من هذه المذاهب . بل فصل تفصيلا آخر . وهو أن الوصية إذا كانت مؤبدة أو مطلقة أو مجهولة المدة أو بأ كثر من عشر سنوات قدرت بقيمة العين نفسها . سواء كا نت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها . ذلك لأن الوصية بهذه الصورة تعدم أمل الورثة فى رجوع العين إليهم للانتفاع بها كما فى الوصية المؤبدة • أو تجعله ضعيفاً كما فى بقية الصور . ومن هنا تكون هذه العين كالمعدومة بالنسبة لهم فتحسب كلها من الثلث . وهو فى هذا آخذ بمذهب الحنفية حيث يتفق معه من كل الوجوه . وإن كان موافقاً لمذهب الحنابلة فى بعض صوره . ولمذهب الشافعية فى بعض صوره كذلك .

وأما إذا كانت الوصية بعشر سنوات فأقل فإن التقدير يكون للمنفعة نفسها لانتفاء المانع من التقدير بها .·فأمل الورثة قريب فى رجوع العين إليهم .

والقانون فى هذا النوع موافق فى جملته لمذهبى الشافعية والحنابلة ، لأن التحديد بعشر سنوات لا وجود له فى هذين المذهبين ، بل كان ذلك اجتهاداً من واضعى مشروع القانون · جاء بيان ذلك فى المادة الثانية والستين (١) .

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها . فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة »

كيفية استيفاء المنفعة الموصى بها

الوصية بالمنفعة قد تقع بلفظ شامل لجميع أنواع الانتفاع . كقوله : أوصيت بمنافع دارى هذه لفلان يستوفيها كيف شاء ، وقد تكون بلفظ يدل فى عرف الناس على نوع من أنواع الانتفاع . كما لو قال : أوصيت لفلان بسكنى هذه الدار ، أو أوصيت له باستغلالها ، وقد تكون بلفظ مطلق غير مقيد بنوع دون آخر كأوصيت بمنفعة هذه الدار لفلان .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن اللفظ الشامل يفيد تمليك كافة الوجوه ، ويكون للموصى له حرية اختيار الوجه الذى يستوفى به المنفعة ، فله أن يستوفيها بطريق استعماله الشخصى ، فإذا كانت داراً سكنها ، أو أرضاً زرعها ، أو سيارة ركبها ، وله أن يستوفيها بطريق الاستغلال ، فيؤجر العين الموصى بمنفعتها وينتفع بأجرتها .

أما بقية الصور فقد اختلفوا فيما يملكه الموصى له فيها .

فمنهم من تمسك بمدلول الألفاظ ، لأنها معبرة عن إرادة الموصى ، فالوصية وإن أفادت التمليك إلا أنه تمليك على وجه خاص ، فمن أوصى بسكنى داره إنما قصد انتفاعه على هذا الوجه دون سواه ، فلو أبيح للموصى له استغلال الدار كان ذلك تمليكا لشىء لم يقصده الموصى ومخالفة لإرادته ، وتظهر هذه المخالفة واضحة جلية فيما إذا جاءت الوصية بالسكنى مانعة من الاستغلال ، أو بالعكس ، ففى الوقوف عند دلالة الألفاظ تحقيق لرغبة الموصى ، ومصلحة الموصى له الذى ملك المنفعة مجاناً ، فلا يضيره المنع من تجاوز معانى الألفاظ .

وهذا هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ، فكلامهم فى جملته يدور حول هذا المعنى مع تفصيل[1] واختلاف فى بعض الصور .

ومن الفقهاء من ذهب إلى التفصيل بين ما إذا كان اللفظ مفيداً تمليك المنفعة وبين ما إذا كان مفيداً إباحتها فقط . ففى الأول يملك الأمرين سواء وردت بلفظ السكنى أو الاستغلال ، وفى الثانى لا يكون له إلا مادل عليه اللفظ أو القرينة ، وإلى هذا ذهب الشافعية[1] والحنابلة ، وإن كان الشافعية قيدوا ذلك بما إذا كان الوصية غير مؤقتة .

وخلاصة المذهبين أن الموصى إذا نص على أن الموصى له ينتفع بنفسه فقط بأن أسند الانتفاع إليه كأن يقول : يسكنها بنفسه ، أو ينتفع بها بنفسه ، أو وجدت قرينة دالة على ذلك ، كما إذا أوصى لفلان بأن ينزل فى داره المعدة للضيافة مدة محددة من الزمن ، فإنه يملك الاستعمال الشخصى فقط عملا بمقتضى اللفظ والقرينة وأما إذا لم

---

(١) خلاصة مذهبهم أن الموصى إذا نص على أحد الأمرين ونهى عن الآخر تقيد الموصى له بما قيده به الموصى تحقيقاً لإرادته ، وإن نص على السكنى وسكت عن الاستغلال ملك الموصى له السكنى فقط ، وإن نص على الاستغلال وسكت عن الاستغلال وسكت عن السكنى فاختلف المتأخرون منهم . فبعضهم يرى أنه يملك السكنى كذلك ، لأن الاستغلال أعلى من السكنى ، ومن ملك الأعلى ملك الأدنى ، ثم إن الاستغلال معناه أن يسكن غيره ويأخذ أجراً نظير ذلك فله أن يسكن هو من باب أولى ، وبعضهم يرى أنه لا يملك السكنى ، لأن الوصية بالاستغلال وصية بالأجرة وهى غير السكنى التى هى انتفاع شخصى ، وإذا أطلق ملك الاستغلال باعتباره الفرد الكامل ، لأن المطلق ينصرف إليه فلا يملك السكنى .

(٢) راجع تحفة المحتاج ج ٧ ص ٦٢ ، والمغنى لابن قدامة .

بنص ولم توجد قرينة كذلك فإن الموصى له يملك الاستعمال الشخصى والاستغلال سواء وردت الوصية بلفظ السكنى أو بلفظ الاستغلال ، أو بلفظ المنفعة مطلقة عن التقييد بواحد منهما ، لأن هذا العقد ملك الموصى له المنفعة ، ومتى ملكها كان له حق استيفائها بأى وجه »[٢] .

وبالمقارنة بين المذهبين نجد أن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة أرجح مما ذهب إليه الحنفية ، لأن الموصى قصد نفع الموصى له ، وتحقيق مصلحته ، والمصلحة تختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، فقد يرى الموصى أن الاستغلال أنفع للموصى له فيوصى به ، فى حين أن الموصى له يكون محتاجاً أشد الحاجة لسكنى الدار عند تنفيذ الوصية ، وبالعكس .

وعلى ذلك يكون من الخير ألا نقيد الموصى له بوجه خاص مادام اللفظ مفيداً تمليك المنفعة ، فقد يكون الموصى له بالسكنى مضطراً للاقامة فى بلد آخر فإذا قيد بالسكنى ضاعت عليه المنفعة ، وكذلك لو كانت الدار تفيض عن سكنه أوله سكن آخر .

والقانون ترك مذهب الحنفية وسار فى دائرة المذهب الثانى فى مادته الرابعة

---

(١) ففى نهاية المحتاج للشافعية : أنه إذا قامت القرينة أو أطرد العرف على أن المراد من عبارة الموصى تمليك المنفعة بأى لفظ كان ملك الأمرين ، وإن كان اللفظ لا يفيد التمليك بل الإباحة لا يملك إلا الانتفاع الشخصى . كما إذا أسند السكنى أو الانتفاع إلى الموصى له فإن هذا الإسناد يقتضى قصورهما على مباشرته هو فلا يملك الاستغلال فى هذا الوجه

والخمسين (١) ، فلم يقيد الموصى له بوجه خاص ، فجعل حق الاستيفاء بواحد من الطريقين بل إنه تجاوز حدود هذا المذهب وجعل له اختيار أى الطريقين حتى ولو منعه الموصى من أحدهما ، فما دامت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الأمرين كان للموصى له أن يختار الوجه الذى يحقق مصلحته إذا لم يضر ذلك بالعين نفسها .

وجاء فى المذكرة التفسيرية توجيها لذلك « إن المصلحة فى إعطاء مالك المنفعة حق توجيهها إلى ما يراه من فائدته . فقد يضطر الموصى له بالسكنى إلى الإقامة فى جهة أخرى ، أو يكون الموصى له بسكناه أكثر من حاجته ، وقد يكون الموصى له بالغلة فى حاجة إلى سكنى الدار . لهذا وضعت هذه الأحكام ، وروعى فيها ألا يترتب على تصرف الموصى له ضرر بالعين الموصى بها ، كما لو كانت داراً صالحة للسكنى فأجرها لمن يستعملها مصنعاً وفى وضع آلات المصنع فيها ضرر ، لأن جدرانها لا تحتمل حركة آلات المصنع ، وهذا التوسع وإن لم يوجد فى مذهب من المذاهب المشهورة إلا أنه ليس خارجاً عن قواعد التشريع » .

المنفعة المشتركة وطريقة استيفائها

إذا كانت المنفعة الموصى بها لواحد ولا شريك له فيها استوفاها على الوجه السابق أما إذا كان المنتفعون أكثر من واحد بأن تعدد الموصى لهم أو كان الورثة شركاء للموصى له فى الانتفاع بالعين : كما إذا أوصى لواحد بمنفعة نصف داره ، فإن اتفقوا

---

(١) ونصها « إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به ، جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها

على طريقة خاصة وجب اتباع ما اتفقوا عليه ، وإن اختلفوا كان الفصل بينهم للقاضي يتبع إحدى طرق ثلاث .

١ — استغلال العين إما بزرعها أو بتأجيرها وتقسيم الغلة بين الشركاء على حسب حصصهم .

٢ — تقسيم العين بينهم قسمة مهايأة زمانية أو مكانية .

فالأولى : بأن تعطى العين كلها لكل واحد من الشركاء زمناً ينتفع بها فيه على الوجه الذى يختاره ، ثم يأخذها غيره وهكذا إلى آخرهم ، ويكون زمن انتفاع كل واحد بنسبة ماله من المنفعة ،

والثانية : بأن يعطى لكل واحد جزءاً من تلك العين بنسبة نصيبه لينتفع به عاما ثم يتبادلوا تلك الأجزاء ، فيأخذ هذا ما كان فى يد الآخر وبالعكس ليتوزع الانتفاع بينهم من غير مفاضلة .

٣ — تقسيم العين بينهم أجزاء يعطى لكل واحد جزء ينتفع به من غير تبادل كما فى الوجه السابق ، ولكن جواز ذلك مشروط بشرطين . أن تكون العين مما تقبل القسمة ، وألا يكون فى قسمتها ضرر يلحق الورثة ، فإذا انتفى أحد الأمرين منعت القسمة واتبع إحدى الطريقتين السابقتين .

فلو كانت الدار الموصى بمنفعتها صغيرة لا تقبل القسمة . وطلب أحد الشركاء قسمة عينها لم يجب إلى طلبه ، وإن كانت كبيرة إلا أن قسمتها تحتاج إلى تكاليف من إقامة حواجز بين الأقسام ، وهدم بعض الجدران ، وعند نقض هذه القسمة يحتاج الهدم إلى تكاليف أخرى ، أوكان التقسيم فى ذاته يشوه جمال البناء وينقص قيمته لا يلجأ إلى هذه الطريق .

عرض القانون لبيان هذه الأحكام فى مادته السابعة والخمسين (١) .

ولقد جاء بالمذكرة التفسيرية أنه « إذا كانت الوصية بحق لا يمكن قسمته ولا المهايأة فيه يجتهد القاضى فى تقدير مدى استعمال الحق معتمداً على القواعد العامة للشريعة » .

ما تنتهى به الوصية بالمنفعة ومبطلاتها

الوصية بالمنفعة إذا كانت لغير المحصورين ممن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ، مؤبدة كانت أو مطلقة لا تنتهى ، فإنها تكون كالوقف

وإذا كانت لمعين محددة المدة فإنها تنتهى بانتهاء مدتها متى تمكن من استيفائها سواء انتفع بالفعل أولا .

وإذا كانت له مؤبدة أو مطلقة أو محددة بحياته فإنها تنتهى بوفاته .

وإذا كانت لمحصورين انتهت بانتهاء المدة أو بانقراضهم كلهم .

وإذا كانت للطبقات فإنها تنتهى بانقراض الطبقة الثانية كما سبق بيانه .

أما مبطلاتها فكثيرة عرض القانون لبعضها فى مادته التاسعة والخمسين (١) .

أولا : مضى المدة المعينة للانتفاع قبل موت الموصى ، لأن فوات المدة فى الوصية

---

(١) ونصها « تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق أو بالتهايؤ زمانا أو مكانا ، أو بقسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر »

(١) ونصها « تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها وبشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين »

بالمنفعة كهلاك العين فى الوصية بالأعيان كما بيناه فيما سبق .

وهذا الحكم شامل لمضى المدة كلها أو بعضها ، فتبطل كلها بفوات كل المدة ، وتبطل فى الجزء الفائت فقط فى فوات بعضها .

ثانيا : موت الموصى له المعين قبل بدء المدة ، أو فى أثنائها . غير أن البطلان فى الأولى كلى ، وفى الثانية جزئى لعدم وجود المستحق بموته .

ثالثا : إذا استحقت العين الموصى بمنفعتها فإنه يتبين به أن الموصى أوصى بمالا يملك .

رابعا: إسقاط الموصى له حقه فى المنفعة . إما بإبراء الورثة منه مجانا ، أو بعوض كأن يتراضوا على شىء يدفعوه إليه على أن يسلم الغلة ويبرئهم منها فيما لو تعدوا عليها ووجب عليهم ضمانها ، أو بمصالحتهم على تركها لهم فى نظير عوض ابتداء لأنه صاحب حق يملك إسقاطه كذلك .

هذا وقد سبق أنه إذا اشترى الموصى له بالمنفعة العين الموصى بمنفعتها بطلت الوصية ، لأنه ملك المنفعة بملك الرقبة فلا بقاء للوصية .

ومما يلاحظ هنا أن الاستحقاق أو الشراء إذا كان قبل ابتداء المدة بطلت الوصية كلها ، وإذا كان بعد مضى جزء منها بطلت فى باقى المدة .

المبحث الثالث

فى

الوصية بالحقوق وما معناها

الوصية بالحقوق جائزة اعترف بها أصحاب المذاهب المشهورة على خلاف بينهم فى تفصيلها ، وهى — بوجه عام — الحقوق التى تنتقل بالإرث ، لأن الوصية أخت الميراث ، فكل مايورث تصح الوصية به .

وقانون الوصية أقر هذا المبدأ فى مادته الحادية عشرة [١] حيث جعل الأصل العام فى الحقوق التى تصح الوصية بها هو انتقالها بالإرث ، ولم ينص إلا على حقين منها ، وهما حق الخلو ، وحق المنفعة المملوكة بعقد الإجارة ، واستند فى أولهما إلى مذهب المالكية ، وفى الثانى إلى مذهب الشافعية .

والمشرع بمسلكه هذا يهدف إلى غرضين :

أولهما : أنه لم يقف بالأصل المقرر فى الوصية بالحقوق ـ وهو انتقالها بالإرث مع مذهب الحنفية الذى كان معمولا به من قبل . بل تخطاه إلى المذاهب الأخرى ، فكل حق يورث عند الفقهاء تصح الوصية به مهما اختلفت المذاهب فيه ،

وثانيهما . عدم قصر الحقوق على المنصوص عليها فى المذاهب الفقهية ، بل جعل ذلك تابعاً لما يقرره القانون المدنى صاحب السلطان فى إثبات الحقوق وتكييفها ، فهو الذى يقرر أن الحق يورث أو لا يورث ، وأما توزيع الحق بين أصحابه فيرجع فيه إلى الشريعة الإسلاميه ، وعلى هذا تكون تلك المادة مفيدة مشروعية الوصية بكل حق تقرر القوانين أنه يورث سواء نص عليه الفقهاء أو لم ينصوا عليه .

ومن هذه الحقوق التى تورث ، وتصح الوصية بها ما صرحت به المادة السابقة ومذكرتها التفسيرية .

١ — حقوق الارتفاق — ٢ – حق التعلى – ٣ – حق المنفعة المملوكة بعقد الإجارة ـ ٤ ـ حق الخلو .

أما حقوق الارتفاق ـ كحق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ـ فالحنفية

---

(١) ونصها « تصح الوصية بالخلو ، وبالحقوق التى تنتقل بالإرث ، ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر »

جوزوا الوصية بها لأنها تورث عندهم ، لـكنها تبطل بموت الموصى له . فلا تنتقل إلى ورثته بالموت . كالوصية بالمنافع . وعلل ذلك صاحب البدائع بأنها ليست بعين مال ، بل هى حق مالى يشبه الخدمة .

والقانون أقر الوصيـة بحقوق الارتفاق لدخولها فى الحقوق التى تورث ، فهو موافق لمذهب الحنفية فيها ، ولقد صرحت مذكرته التفسيرية بأن حكمها مأخوذ من هذا المذهب غير أنها قيدت جواز الوصية بها بأحد أمرين . أن تـكون الوصية بها تبعاً لأرض موصى بها كذلك ، كأن يوصى لشخص بقطعة أرض مع حقوقها ، أو تـكون لمالك أرض ينتفع بها ، ومعنى هذا أنه لا تصح الوصية بها وحدها لمن لا يملك أرضاً ترتفق بهذه الحقوق.

ولم أر فى كتب الحنفية تقييداً كهذا ، ولـكن قواعدهم لا تأباه .

أما حق التعلى فلم تصرح به المادة ، ولـكنه جاء فى المذكرة التفسـيرية ، وصرحت بأنه مأخوذ من مذهب المالـكية ، ومرجع ذلك أن حق التعلى ، وهو حق القرار على بناء مملوك لآخر يصح تمليكه للغير عند المالـكية بالبيع سواء كان البناء قائماً أو لا .

فإذا كان الشخص يملك منزلا مكوناً من طابق واحد جاز له أن يبيع لآخر حق البناء على بنائه هذا بعد أن يتفقا على مقدار ما يبنيه المشترى .

والحنفية لم يجوزوا هذا البيـع إلا والبناء قائم . بأن يبيع له الطابق الثانى من بيته المبنى ، فإذا كان الشخص يملك الطابق الثانى من منزل جاز له بيعه والبناء قائم فإذا انهدم البناء لا يصح له بيعه ، لأنه حق مجرد ليس متعلقاً بمال .

أما الوصية بالمنفعة المملوكة بعقد الإجارة فقد أخذها القانون من مذهب

الشافعية الذين قرروا . أن الإجارة لا تنفسخ بموت[1] أحد للتعاقدين، فلو استأجر شخص داراً لمدة خمس سنوات ، ومات بعد سنتين مثلا ، فإن عقـــد الإجارة لا ينفسخ بموته ، بل يملك ورثته منفعة الدار بقية مدة الإجارة بطريق الإرث ، ومن هنا صحت الوصية بها عندهم . ففى الصورة السابقة ، لو أوصى المستأجر لشخص بما يبقى فى عقد الإجارة بعد وفاته صح ذلك ، وكان للموصى له الانتفاع بالدار بقية المدة فإذا مات الموصى له قبل تمام المدة بطلت الوصية فى الباقى لما سبق . أن القانون سار على انتهاء الوصية بالمنافع بموت الموصى له .

أما الوصية بالخلو فقد صرحت المذكرة التفسيرية بأنه مستند إلى رأى المتأخرين من المالكية ، ويتحقق هذا الحق فى صور . منها : ما إذا كان الوقف محتاجاً إلى عمارة وليس له مال يعمر منه فيتقـدم شخص إلى متولى شئون الوقف ويقـدم له المال اللازم لتلك العمارة فيكون بما قدم من مال صاحب خلو ، وهو حق يجعل له حق البقاء فى العين الموقوفة إن كان مستأجراً لهـا من قبـل ، أو يجعله أحق باستئجارها مدة طويلة نظير أجر بسيط يسمى حكراً ، أو يجعله أحق بأجرتها بما يعادل ما أنفقه إن تركها واستأجرها غيره .

فإذا ثبت هذا الحق لشخص كان له أن يوصى به لغيره فى بقية المدة التى له فيها هذا الحق .

---

(١) وبهذا جاء القانون المدنى الجديد فى المادة ـ ١٠٦ ـ فقرة أولى ونصها

ا) لا ينتهى الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر

ب) ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم إليها .

ومنها : أن يكون الموقوف عليه محتاجاً إلى نفقات فيدفعها شخص على أن يكون أولى باستئجار العين الموقوفة من غيره . كقطعة أرض موقوفة على مصحة واحتاجت المصحة إلى أدوات فيتولى بها شخص على أن يكون أحق باستئجار الأرض الموقوفة على المصحة من غيره .

والوصية بالحقوق تقدر بقيمة الحق نفسه . بأن تقوم العين محملة بهذا الحق ، ثم تقوم مجردة عنه ، والفرق بين القيمتين هو قيمة الحق ، وهو مقدار الوصية فإن خرج من ثلث التركة نفذت من غير توقف ، وإلا توقفت على إجازة الورثة فيما زاد عنه. لا فرق فى ذلك بين أن تكون الوصية مؤبدة أو مطلقة أو مؤقتة . غاية الأمر أن كيفية التقدير تتبع صورة الوصية .

جاء بيان التقدير فى المادة الثالثة والستين (١)

والمذكرة التفسيرية تصرح بأن هذا التقدير مأخوذ من مذهب الشافعى ، مع العلم بأن مذهب الحنفية لا يختلف عن ذلك ، ففى رأى أكثرهم أن الحق الموصى به يضم إلى أقرب أرض إليه وينظر بكم تشترى معه وبدونه ، والفرق بينهما هو قيمة الحق ، كما جاء فى شرح المجلة العدلية للأتاسى (٢)

---

(١) ونصها « إذا كان الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه .

(٢) جاء فى ج ٤ ص ١٩٤ « أن تقدير الوصية بحق الشرب له طريقان عند فقهاء الحنفية

١ — أن يسأل المقومين من أهل ذلك الموضع أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيعه منفرداً بكم يشترى وما يقدر به يعتبر من الثلث . ٢ ـ وأكثرهم على أنه يضم إلى أقرب أرض إليه فينظر بكم يشترى معه وبدونه فيكون فضل ما بينهما قيمته ». اهـ

الوصية بالإقراض

من الأنواع التى أجازها الفقهاء لما فيها من نفع للموصى له الوصية بالإقراض فإذا قال الموصى ، أوصيت لفلان بمائة جنيه من مالى قرضاً إلى ثلاث سنين مثلا ، فإن هذه لوصية تصح سواء عين المائة بالإشارة إليها أو لم يعينها ، ويجب على منفذ الوصية تنفيذها إذا قبلها الموصى له .

وهذه الوصية فى واقع أمرها وصية بالانتفاع بهذا القرض ؛ لأن الموصى له وإن ملك [١] عين المال المقترض إلا أنه ملزم برد بدله ، فيؤول ملكه إلى الانتفاع باستهلاك العين ، وإذا كانت الوصية بالإقراض وصية بالمنفعة ، وهى فى غالب صورها تكون مقيدة بزمن . فهل الإقراض فى الوصية يتقيد بالزمن الذى حدده الموصى ، ويلزم الورثة بعدم طلب القرض قبل مضى هذه المدة أولا ؟

الفقهاء وإن اختلفوا فى لزوم الأجل فى القرض مابين مانع للزومه ، ومعترف به إلا أنهم متفقون على لزومه فى قرض الوصية ، ففقهاء الحنفية الذين لم يجعلوا الأجل لازماً فى القرض العام[٢] استثنوا الوصية ، وجعلوا الأجل فيها لازماً

---

(١) فى البدائع جـ٧ص٢٩٦ «حكم القرض هو ثبوت الملك للمستقرض للحال وثبوت مثله فى ذمه المستقرض للمقرض للحال وهذا فى ظاهر الرواية ، وروى عن أبى يوسف فى النوادر أنه لا يملك القرض بالقبض مالم يستهلك ، ثم وجه كلا من الرأيين فليراجع

(٢) جاء فى البدائع فى الموضع السابق «والأجل لا يلزم فى القرض سواء كان مشروطا فى العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون لأن القرض تبرع حيث لا يقابله عوض فى الحال، فلا يملكه إلا من يملك التبرع، ولأن القرض يسلك به مسلك العارية، لأن المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد ماقبض وإن كان بدله فى الحقيقة ورد بدل العين بمنزلة رد العين ثم قال : وقد يلزم الأجل فى القرض بحال بأن يوصى بأن يقرض من ماله بعد موته فلانا =

للورثة ، فلا يحق لهم أن يطالبوا الموصى له بالقرض قبل انتهاء أجله .

ولقد صرحت المذكرة التفسيرية بأن أحكام الوصية بالإقراض مأخوذة من مذهب الحنفية .

ثم إن الوصية بالإقراض تتقيد بالثلث كغيرها من الوصايا ، فإذا زاد المال الموصى بقرضه عن الثلث توقف تنفيذ الوصية فى القدر الزائد على إجازة الورثة .

صرح القانون بهذا فى مادته الثانية عشرة (١) ، وتقول مذكرته التفسيرية : إن هذا ماتقتضيه قواعد الحنفية .

الوصية بقسمة أعيان التركة

قد يرى الشخص فى أواخر حياته الصلة مفككة بين ورثته . أو أن فيهم أطفالا صغاراً يخشى عليهم الجور فيعمد إلى تقسيم تركته بينهم ، فيعين لكل وارث نصيبه بحيث تتمايز الأنصباء ، ثم يموت تاركا وراءه هذه الوصية ، فهل يلزم ورثته بهذا التقسيم ؟

= ألف درهم إلى سنة فإنه ينفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا به قبل السنة . اهـ ملخصا .

والذى يظهر لى فى الفرق بين الأجلين . أن الأجل فى القرض تبرع تبعاً لأصل القرض والتبرع غير ملزم للمتبرع ، فكما أن للمقرض أن يرجع فى أصل التبرع كذلك له أن يرجع فى وصفه وهو الأجل ، وهذا إذا كان المتبرع موجودا ويتصور منه الرجوع ، فإذا مات فإن الرجوع لا يتصور منه فلا يتصور إبطال الأجل ، والورثة غير متبرعين ، بل هم منفذون لرغبة الموصى على أن الموصى له قبل الوصية بالقرض بهذا الوصف فيلزم تحقيق رغبته هو الآخر .

(١) ونصها « تصح الوصية بإقراض الموصى له قدرا معلوما من المال ولا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .

هذه المسأله من مواضع اختلاف الفقهاء .

ففى رأى الجمهور أن التصرف لا يلزم الورثة بشىء ، ولا ينفذ إلا بإجازتهم كلهم لأنه يمس حقوقهم إذ هى متعلقة بأعيان التركة المختلفة باختلاف الأغراض منها ، فقد تتساوى عينان فى القيمة مع تباين الغرض منهما ، ففى إلزام الورثة بهضياع لحقوق بعضهم مما يثير الشحناء والبغضاء بينهم . الأمر الذى يعود على فعل الموصى بالنقض

وفى رأى آخر إن هذا التصرف ملزم للورثة لا يسعهم نقضه ولا إبطاله مادام التقسيم عادلا لاجور فيه بحيث يأخذ كل واحد مقدار سهمه المقدر له شرعاً ، فإذا كانت الزيادة وصية أحرى نأخذ حكمها المقرر لها ، وهذا الرأى هو أحد القولين عند الحنابلة ، وقول مرجوح عنـــــد الشافعية ، ونقل عن بعض فقهاء الحنفية المتأخرين (١) .

وسند هذا الرأى أن حق الوارث إنما هو فى قيمة الأموال لافى أعيانها. بدليل أن المريض مرض الموت لو باع كل ماله لأحد ورثته بمثل قيمته صح ونفذ ولا يملك باقى

---

(١) راجع نهاية المحتاج للشافعية ج ٧ ص ١٦ ، والمغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٦ ص ٧ ، ورد المحتار لابن عابدين ج ٥. جاء فى نهاية المحتاج «والوصية لـكل وارث بقدر حصته مشاعا كنصف وثلث لغو ، لأنه يستحقه بغير وصية ، وبعين هى قدر حصته كان ترك ابنين ودارا وقنا قيمتهما سواء فخص كلا بواحد صحيحة ، وتفتقر إلى الإجازة فى الأصح لاختلاف الأغراض بالأعيان . ا هـ

وفى المغنى ، (وإن وصى لـكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه احتمل أن تصح الوصية ، لأن حق الوارث فى القدر لافى العين بدليل مالو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله صح إذا كان ذلك بثمن المثل . وإن تضمن فوات عين المال ، واحتمل أن تقف على الإجازة ، لأن فى الأعيان غرضا صحيحا . وكما لا يجوز إبطال حق الوارث فى قدر حقه لا يجوز فى عينه ، اهـ ملخصا .

الورثة نقض ذلك التصرف بعد وفاته .

والقانون وافق على الرأى الثانى فى أصل المبدأ فجعل الوصية بتقسيم التركة صحيحة لازمة بلا توقف ، لكنه لم يتقيد بكون التقسيم على قدر الأنصباء ، بل جعل الوصية لازمة حتى ولو جعل لبعضهم أكثر مما يستحق مادامت الزيادة فى حدود ثلث التركة فإذا زادت المحاباة على الثلث توقف النفاذ على إجازة الورثة إن أجازوها نفذت وإلا رد الزائد إلى التركة ، وقسم الثلث بين المزيد لهم بنسبة الزيادة لكل منهم . بناء على ماقرره فى المادة — ٣٧ — من صحة الوصية للوارث والأجنبى فى حدود الثلث على السواء .

جاء بيان الوصية بالتقسيم فى المادة الثالثة عشرة [١] .

الوصية بالتصرف فى عين لشخص معين

من أنواع الوصية التى أجازها الفقهاء . أن يوصى شخص ببيع عين معينة بثمن محدد لفلان ، أو بتأجيرها له مدة محددة بأجر معين ، لأنه قد يكون للموصى غرض فى ذلك ، كما يكون للموصى له مصلحة فيه ، وليس فى هذه الوصية ضرر يلحق الورثة حيث تخرج العين فى الوصية بالبيع ، والمنفعة فى الإجارة فى نظير عوض .

ولقد جوز القانون هذه الوصية وبين أحكامها فى مادته السادسة والخمسين [٢] على التفصيل الآتى .

---

(١) ونصها (تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصى ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية) .

(٢) ونصها (إذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بثمن معين أو بتأجيرها له

إذا كانت الوصية بالبيع بثمن المثل ، والإجارة بأجر المثل نفذت الوصية من غير توقف على إجازة الورثة حيث لاضرر يلحقهم منها .

وكذلك إذا كانت بأقل من المثل بمقدار يخرج من الثلث ، أو يزيد هذا النقص عن الثلث زيادة يسيرة يتغابن الناس فيها عادة ، لأنه لا ضرر على الورثة فى هذه الصورة أيضاً .

وأما إذا كان النقص يزيد عن ثلث التركة بمقدار لا يتغابن فيه الناس عادة — وهو المسمى بالغبن الفاحش — توقفت على إجازة الورثة ، لأنها تمس حقهم بما يساوى مقدار الزيادة على الثلث ، فإن أجازوها نفذت ، وإن لم يجيزوها طلب من الموصى له أن يدفع للورثة مقدار مازاد على الثلث ، فإن دفعه نفذت الوصية وتم البيع أو الإجارة ، وإن أبى الدفع بطلت الوصية كلها فلا بيع ولا إجارة .

الوصية بالمرتبات

المرتب هو مقدار من المال يصرف دورياً لشخص أو أشخاص أو لجهة من الجهات فى فترات متساوية من الزمن ككل شهر أو سنة .

فإذا قال شخص : أوصيت لفلان من مالى بعشرة جنيهات كل شهر مدة حياته كانت وصية بمرتب ، ومثلها لو قال : اصرفوا لهذا المسجد من مالى بعد وفاتى كل عام مائة جنيه تنفق فى مصالحه .

والوصية بالمرتب صحيحة عند جمهور الفقهاء سواء أكانت من رأس مال التركة

= لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث ، أو بغبن يسير نفذت الوصية ، وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة »

أم من غلتها ، أم من غلة عين منها ، لأنها لا تخرج عن أن تكون وصية بعين أو بمنفعة ، فالوصية بمرتب من رأس المال من قبيل الوصية بالأعيان ، لأن حقيقتها وصية ببعض مايترك من أموال مرتب التوزيع على أوقات دورية ، والوصية به من الغلات من قبيل الوصية بالمنافع ، لأنها وصية بجزء من غلات بعض أعيان تركته رتب توزيعه على أوقات دورية كذلك .

وهذه الوصية كغيرها من الوصايا — تقع على صور عديدة ، لأنها قد تكون مؤقتة بمدة معلومة كخمس سنوات مثلا ، وقد تكون مؤقتة بحياة الموصى له ، كما تكون مؤبدة ومطلقة عن التقييد بشيء من ذلك .

ومن جهة أخرى قد تكون لمعين أو لغير معين ، أو للطبقات ، أو لجهة من الجهات .

وهذه الصور العديدة فيها توافق فى بعض الأحكام ، وتخالف فى بعضها الآخر فهى تتفق فى أنها بعد تقديرها تتقيد بالثلث ، فلا تنفذ فى أكثر منه إلا بإجازة الورثة وعند تنفيذها تحبس لهـــا عين من التركة تكفى غلتها للوفاء بالمرتب الموصى به ، وتختلف بعد ذلك فى كيفية التقدير ، وطريقة الوفاء ، والانتهاء وعلاقة ورثة الموصى بها .

وقانون الوصية بين أحكام تلك الصور من غير أن يلتزم مذهبا معينا من مذاهب الفقهاء — كعادته — وكان لاجتهاد واضعى مشروعه أثر ظاهر فى تافيق أحكامه .

والوصية بالمرتبات تتنوع إلى نوعين : وصية مؤقته بوقت ، وأخرى مؤبدة

أما المؤبدة : فهى التى لم يحدد لها وقت حين إنشائها ، ولا يمكن تحديده عند

التنفيذ لعدم معرفة نهاية الموصى له . كالوصية لجهات البر العامة الدائمة من المساجد والملاجىء والمستشفيات وغيرها .

فإذا قال شخص : أوصيت لهذا المسجد بخمسة جنيهات تصرف لمصالحه كل شهر من غير أن يقيدها بوقت معين كانت وصية مؤبدة . سواء نص على التأبيد أو أطلق فى كلامه ، وهذا يقتضى دوام صرف المرتب لهذا المسجد سواء جعله من رأس مال التركة ، أو من غلاتها لأننا لا نعلم نهاية للموصى له .

ولتنفيذ هذه الوصية تخصص عين من أعيان التركة تكفى غلتها للوفاء بهذا المرتب الموصى به حسب تقدير الخبراء ، وبعد هذا التخصيص تصير تلك العين وقفا على المسجد ، وتنقطع علاقة ورثة الموصى بها حتى لا يرجع عليهم بتكملة المرتب فيها إذا نقصت الغلة عن الوفاء به فى بعض السنوات كما لاحق لهم فيما يزيد من غلتها عنه فى عام من الأعوام ، بل تصرف الغلة بزيادتها أو نقصانها إلى الجهة الموصى لها .

ويلاحظ أن تقدير الوصية فى هذه الحالة يكون بقيمة العين المحبوسة للوفاء بالمرتب ، فإن كان تخرج من الثلث أو أقل منه نفذت الوصية ، وإن زادت على ثلث التركة ردت إلى ما يساوى الثلث إن لم يجزها الورثة .

جاء حكم هذه الوصية مفصلا بالمادة الثامنة والستين (١) .

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصى ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ، ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة ، وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها ، وإذا نقصت الغلة فليس لها الرجوع على ورثة الموصي .

أما الوصية المؤقتة : فتحتها صنفان . صنف له وقت معلوم عند الإيصاء كالوأوصى بمرتب مدة عشرين عاماً مثلا وآخر غير معلوم وقته على وجه التحديد ولكن يحدد عند التنفيذ : كما لو أوصى بمرتب لشخص طول حياته

والصنف الأول : تحته صورتان — ١ — وصية بمرتب من رأس المال ٢ — وصية بمرتب من الغلة

والصنف الثانى كذلك له صورتان ـ ١ ـ وصية لمعين بالاسم مدة حياته أو مطلقة أو مؤبدة — ٢ — وصية لمعين بالوصف كالوصية للطبقات مدة الحياة أو مؤبدة أو مطلقة .

فتلك أربع صور سنتكلم عليها بالترتيب، ثم نتبعها ببعض أحكام تكميلية عرض لها القانون فى مادتين من مواده .

الصورة الأولى : الوصية بمرتب من رأس مال التركة مدة معلومة سواء كانت لمعين بالاسم أو لغيره من الطبقات أو الجهات العامة . كما لو أوصى شخص بمائة جنيه من تركته تصرف كل سنة لشخص معين ، أو لأولاد فلان ، أو لمستشفى بلده ، أو لمسجدها لمدة عشر سنوات . فهذه وصية صحيحه واجبة التنفيذ لكنها تحتاج إلى بيان كيفية تقديرها ، وطريقة تنفيذها ، وأخيراً إلى بيان ماتنتهى به .

ولقد عرض القانون فى صراحة لبيان طريقة التنفيذ وما تنتهى به مادته الرابعة والستين (١).

---

(١) ونصها (تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة .

فإذا زاد ما وقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفى غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو أن تنتهى المدة أو يموت الموصى له » .

فيبين أنه يوقف من مال الموصى عين تكفى غلاتها للوفاء بهذا المرتب ضماناً لتنفيذ الوصية بحيث لا يضر ذلك بالورثة . بأن تكون العين الموقوفة للتنفيذ فى حدود ثلث التركة ، فإذا زادت قيمتها على الثلث ولم يجز الورثة الزيادة وقف منها ما يوازى الثلث فقط وتنفذ الوصية من تلك العين وغلتها .

فنى نقص العين المخصصة إلى ما يوازى الثلث محافظة على حق الورثة فى الثلثين ، وفى الوقت نفسه لا يلحق الضرر بالموصى له ، لأنه لا ينقص من مرتبه شىء ، بل سيأخذه من الغلة ومن الرقبة كما سيأتى توضيحه عند الكلام على المادة « ٦٧ » .

ولقد جاء بالمذكرة التفسيرية فى هذا الموضع أنه يشترط فى العين الموقوفة أن تكون قيمتها مساوية للمرتب الموصى به كله إذا كانت المدة قصيرة لا تزيد على عشر سنوات ليستوفى منها إذا عجزت غلتها عن الوفاء بالمرتب ، أما إذا كانت مدة الوصية طويلة فيكفى أن تكون غلة العين كافية لسداد المرتب المطلوب حسب تقدير الخبراء من غير اشتراط مساواتها للمرتب فى القيمة ، لأن اشتراط هذا الشرط يترتب عليه فى بعض صوره ضرر كبير بالورثة حينما تكون غلة العين الموقوفة أضعاف مقدار المرتب الموصى به ، أو يكون للورثة مصلحة خاصة فى هذه العين المساوية للمرتب فى قيمته مع وجود عين أخرى أقل منها قيمة يكفى إيرادها لسداد المرتب .

وهذا التفصيل متفق مع روح القانون — وإن لم ينص عليه فيه — لأنه احتياط لحق الموصى له بما لا يضر بالورثة ، وهو يشير إلى أن الأصل فى تنفيذ الوصية بمرتب من رأس مال التركة أن توقف له عين تفى غلتها بالمرتب ، وأن

تكون قيمتها مساوية لقيمة المرتب فى المدة كلها لاحتمال عجز الغلة عن الوفاء به فيستوفى من نفس العين ، لأن هذه الوصية وصية بجزء من رأس المال ، ولما كان إشتراط المساواة فى الوصية الطويلة المدة يلحق الضرر بورثة الموصى لم يشترط فيها هذا الشرط ، بل اكتفى بأن تكون غلاتها كافية للوفاء بالمرتب محافظة على الحقين ما أمكن . ثم بينت المادة أن هذه الوصية تنتهى بأحد أمور ثلاثة .

١ — استيفاء الموصى له ما يعادل ثلث تركة الموصى عند الوفاة ، لأن الوصية قيدت بالثلث ، والفرض أن الورثة لم يجيزوها فيما زاد عنه .

٢ — مضى المدة المحددة لها سواء كانت لمعين أو لغيره من الطبقات والجهات.

٣ — موت الموصى له المعين قبل مضى المدة ، ومثله انقراض أفراد الطبقتين فى الوصية للطبقات .

وزادت المذكرة التفسيرية أمراً رابعاً وهو نفاذ العين الموقوفة للوفاء بالمرتب من غلاتها فيما إذا لم تف الغلات بالمرتب ولم يقبل ورثة الموصى دفع هذا النقص فإنه يحق للموصى له أن يستوفى بقية حقه من العين المحبوسة ببيع أجزائها .

أما كيفية تقدير هذه الوصية فلم تعرض لها هذه المادة ، والمذكرة التفسيرية لم تعرض لها أيضاً فى هذا الموضع ، ولكنها فى موضع آخر عند الكلام على المادة — ٦٩ — المبينة حق الورثة فى الاستيلاء على العين المخصصة للاستيفاء نظير إيداع المرتبات فى جهة يعينها الموصى له أو القاضى لتنفيذ الوصية منها قالت « ولكن فى هذه الحال إذا كانت الوصية بمرتب مدة معينة أو مدة حياة للموصى له تقدر الوصية بالمرتب من رأس المال بحساب المرتبات فى كل المدة على ألا يزيد على الثلث وتقدر الوصية بالمرتبات من الغلة بالطريقة المبينة فى المادة — ٦٥ — ، وإنما

قدرت الوصية بمرتب من رأس المال هنا على خلاف ما سبق فى المادة — ٦٤ — حيث كان تقدير الوصية بتقدير قيمة العين ؛ لأن الوصية هناك تستوفى من العين غلة ورقبة ، وهنا لو قدرت الوصية بتقدير قيمة العين لتضرر الموصى لهم فيما إذا كانت قيمة العين أقل كثيراً من المرتبات فى مدة الوصية » .

فهذا الكلام يفيد أن الأصل فى تقدير الوصية بالمرتب من رأس المال هو تقديرها بقيمة العين لا بحساب المرتب ، وأن ذلك التقدير موجود بالمادة — ٦٤ — .

وهذا غير مسلم مع مسلك القانون بعد صدوره لأن المادة المشار إليها لم تصرح بكيفية التقدير مع أن المادة — ٦٥ — المبينة لحكم الوصية بمرتب من الغلات صرحت بكيفية تقديرها بما لا يدع مجالا للشك ، ولعل مشروع القانون قبل أن يصير قانوناً كان به هذا التقدير ثم حذف منه عند مناقشة الهيئة التشريعية له ، وعلى هذا لا يكون لما جاء بالمذكرة التفسيرية بخصوص ما حذف من المشروع اعتبار بعد حذفه .

ولو فرضنا أنه لم يكن فى المشروع الأول بيان لكيفية التقدير كان ما جاء بالمذكرة إحالة على غير موجود فلا يلتفت إليه .

وإذا كان القانون لم يصرح بكيفية التقدير ، ولم يصلح ما جاء بالمذكرة التفسيرية بياناً له فبأى شىء تقدر هذه الوصية ؟ .

يرى الأستاذ أبو زهرة فى كتابه شرح قانون الوصية (١) أن تقدير هذه الوصية يكون بالطريقة التى قدرت بها الوصية بالمنافع كما جاء بالمادة — ٦٢ — فإذا كانت الوصية بمرتب مدة عشر سنوات فأقل قدرت بحساب المرتب فى هذه

---

(١) ص ١٧٤ الطبعة الثانية .

المدة ، ثم ينسب إلى التركة ليعلم أنه يساوى ثلثها أولا ، ثم تخصص له عين للوفاء به ، وإن كانت بمدة أكثر من ذلك سواء كانت محددة أو مطلقة أو مؤبدة قدرت الوصية بقيمة العين التى يمكن استيفاء هذا المرتب من غلاتها ، ثم وجه ذلك بأن هذه الوصية تشبه الوصية بالمنافع ، ولا تختلف عنها إلا فى بعض أمور عدها .

وهذا التقدير لا يستقيم مع منطق القانون ، أو ـ على الأقل ـ يزيد القانون اضطراباً على حد تعبير صاحب هذا الرأى لأمرين .

الأول : أن الوصية بمرتب من رأس المال وصية بالأعيان ، لأنها وصية بمقدار من المال يصرف على دفعات دورية ـ كما سبق بيانه ـ والوصية بالأعيان تقدر بذاتها وعلى طريقة واحدة لا فرق بين القليل والكثير ، فجعل التقدير هنا كالتقدير فى المنافع غير مسلم .

الثانى : أن المشرع لو كان يقصد تطبيق كيفية تقدير المنافع هنا لكان الأولى أن يجعلها للوصية بمرتب من الغلات ، لأنها إن لم تكن وصية بالمنافع فهى أقرب شبها بها من الوصية بمرتب من رأس المال ، مع أنه جعل لتلك الوصية طريقة أخرى فى التقدير صرحت بها المادة ـ ٦٥ ـ .

والذى يظهر أن تقدير هذه الوصية يكون بالحساب . بأن يضرب المرتب السنوى فى عدد السنين فى كل وصية مؤقتة علمت مدتها وقت الإيصاء ، كما فى هذه الصورة ، أو لم تعلم كما فى الوصية لمعين طول حياته ، والوصية للطبقات كذلك طالت المدة أم قصرت . لأنها وصية بالأعيان ، وتقديرها معروف ومتفق عليه ، والقانون سار فى تقديرها مع الأصل المقرر عند الفقهاء جميعاً .

ولو كان المشرع يقصد غير هذا لبينه كما فعل فى الوصية بالمنافع والحقوق

والوصية بالمرتب من الغلة أو أحال بيانه على ما اختاره فى المنافع . لكنه لم يفعل فرجح عندنا أنه قصد تقديرها بما تقدر به الأعيان .

وأى فرق بين الوصية لشخص بخمسين جنيها من ماله كل سنة لمدة عشرين عاماً وبين الوصية له بألف جنيه ؟ .

لا فرق بينهما إلا فى أن الأولى توجب إعطاءه الألف جنيه منجمة على عشرين عاما ، والثانية توجب إعطاءها له دفعة واحدة متى خرجت الألف من ثلث التركة .

على أن تقدير هذه الوصية بالحساب أضبط وأسهل متى عرفت مدتها بالتحديد ومعرفتها سهلة أما التى قدرت لها مدة معلومة فالأمر ظاهر ، وأما التى لم تقدر لها مدة عند الإيصاء كالوصية المطلقة والمؤبدة لمعين أو للطبقات ، والتى قدر لها زمن مجهول كالوصية طول الحياه فقد وقتها القانون بحياة الموصى له المعين ، وحياة أطول الاشخاص عمراً فى الوصية للطبقات ثم وكل تقدير تلك الحياة إلى أهل الخبرة من الأطباء ، فإذا قدروا حياة الموصى له بعدد من السنين كانت هى مدة الوصية(١) .

(١) ولا يطعن فيما رأيناه ما جاء فى نفس المادة من « أنه إذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث إلخ ، لأنه فى شأن العين التى تحبس لاستيفاء المرتب من غلتها ، وهذا إنما يكون بعد تقدير المرتب كله أولا ومقارنته بالتركة ، فإن وازى ثلثها أو كان أقل منه نفذت الوصية فيه ، ثم ينظر لأعيان التركة ويختار منها عين تكفى غلتها لسداد المرتب وتخصص لذلك ، فإذا خصصت عين للتنفيذ فإنها تكون محبوسة عن ورثة الموصى ، فلو وجدنا قيمة هذه العين المحبوسة أكثر من ثلث التركة ولم يجز الورثة تلك الزيادة نرد الحبس إلى ما يوازي الثلث فقط ، لأننا لو لم نفعل ذلك نكون قد ألحقنا الضرر =

هذا وقد صرحت المذكرة التفسيرية بأنه لو تبين بعد مضى مدة من الزمن أن بعض العين المحبوسة يكفى لتنفيذ الوصية منه إيراداً ورقبة فى المدة الباقية كان للورثة أن يطلبوا من القاضى استرداد الزائد، فإذا طلبوا ذلك وقرر أهل الخبرة صحة دعواهم أجيبوا إلى طلبهم ورد القاضى بعض العين المحبوسة إليهم .

الصورة الثانية : الوصية بمرتب مدة معلومة من غلة التركة أو من غلة عين منها سواء كانت لمعين أو غيره من الطبقات والجهات .

كما لو أوصى لشخص معين ، أو لأولاد فلان ، أو لمسجد بخمسة جنيهات كل شهر تدفع إليه من غلة التركة ، أو من غلة هذه العمارة مدة خمسة عشر عاماً .

بالورثة مع أن المادة تنادى بأن ضمان التنفيذ للموصى له لا يكون على حساب إضرار الورثة ، ولا يتأثر المرتب بنقصان العين المحبوسة ، بل يبقى كما هو فى التقدير الأول.

ولو وجدنا عند تقدير المرتبات أن مجموعها أكثر من الثلث ولم يجز الورثه تلك الزيادة رددناها إلى مقدار الثلث ، وبهذا ينقص المرتب السنوى أو الشهرى بنسبته إلى النقص الكلى ، ثم ينظر بعد ذلك إلى أعيان التركة ليختار منها العين التى تكفى غلتها للوفاء بهذا المرتب بعد نقصانه ، ثم تخصص للتنفيذ بشرط ألا تكون قيمة هذه العين المخصصة تزيد على ثلث التركة كما بيناه .

والخلاصة أن تقدير الوصية بالمرتب يكون أولا بالحساب ، فإذا ظهر أنه فى حدود الثلث شرعنا فى التنفيذ بتخصيص عين تكفى غلاتها للوفاء به ولا تزيد قيمتها على ثلث التركة إلا بإجازة الورثه فإذا وجدنا مجموع المرتب يزيد على الثلث ولم يجز الورثة الزيادة أنقصناه إلى مقدار الثلث ، وأعدنا توزيعه على عدد الأوقات ثم نبحث له بعد ذلك عن عين تخصص للوفاء به من غلاتها فإذا وجدنا قيمتها أكثر من ثلث التركة ولم يجز الورثة حبس هذا الجزء الزائد وأنقصنا القدر المحبوس منها حتى يوازى الثلث أو بحثنا عن عين أخرى وهذا لا يضر بالموصى له لأنه سيأخذ باقى حقه من نفس العين .

فهذه الوصية أجازها القانون وبين طريقة تقديرها فى مادته الخامسة والستين[١] وهى أن تقدر التركة أو العين محملة بهذا المرتب الموصى به ، ثم تقدر غير محملة به ، والفرق بين القيمتين هو مقدار الوصية لا فرق فى ذلك بين أن تكون المدة طويلة أو قصيرة ، ثم يقارن هذا المقدار بالتركة كلها ، فإن خرج من ثلثها نفذت الوصية .

وطريقة تنفيذها أن تخصص عين تكفى غلتها للوفاء بهذا المرتب ، فإذا وجدنا عيناً كذلك حبسناها لهذا الوفاء . وإن كانت قيمة تلك العين المحبوسة أكثر من ثلث التركة، لأن حق الموصى له تعلق بالغلة وحدها، فلو أنقصنا العين إلى مقدار الثلث ألحقنا الضرر بالموصى له إذا كانت هذه العين بعد إنقاصها لا تغل مقدار المرتب حيث لا نستطيع إكمال المرتب له من نفس العين كما فعلنا فى الصورة السابقة .

وإذا وجدنا عند حساب مقدار الوصية أن قيمتها تزيد على ثلث التركة ولم يجز الورثة تلك الزيادة رددنا الوصية إلى مقدار الثلث ، ثم يعاد توزيع المرتب بدون نظر إلى أن قيمتها توازى ثلث التركة أولا كما قررناه من قبل .

فإذا أوصى لمسجد بعشرة جنيهات كل شهر من غلة التركة لمدة عشرين عاماً ، وقدر الخبراء الفرق بين قيمتى التركة محملة بهذا المرتب وقيمتها غير محملة به بـ ٢٠٠٠ ج وكانت قيمة التركة ٤٨٠٠ جنيه فإن الوصية ترد إلى الثلث . وهو ١٦٠٠ جنيه أى

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ، ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به ، فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية ، وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث، وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى » .

تنقص مقدار الخمس ، وحينئذ ينقص المرتب الشهرى مقدار الخمس فيصير ثمانية جنيهات ، وللتنفيذ نبحث عن عين تغل فى الشهر ثمانية جنيهات فتخصص له ولو كانت قيمتها أكثر من ثلث التركة .

وإذا كانت الوصية بمرتب من غلة عين بذاتها . كالوصية بخمسة جنيهات كل شهر من غلة هذه الأرض فإنه عند التنفيذ ينظر لغله هذه الأرض ، فإن كانت مساوية للمرتب أو أقل منه حبست هذه العين للوفاء من غلتها ، ولا يوقف غيرها ؛ لأن الموصى عين حق الموصى له من غلة هذه العين ، ولو وجدنا غلة الأرض أكثر من المرتب أوقف منها مقدار ما يغل المرتب فقط لئلا نلحق الضرر بالورثة . ومما يلاحظ هنا أنه إذا نقص المرتب لزيادة الوصية عن الثلث يكون مقدار ما نقص من المرتب للورثة ، وكذلك ما يقابله من التركة أو العين الموصى بالمرتب من غلتها .

فإذا أوصى بعشرة جنيهات لشخص مدة معينة من غلة قطعة أرض مساحتها أربعة أفدنة ، وعند تقدير الوصية وجدناها أكثر من الثلث بمقدار ربعها ، فإنه ينقص من المرتب بمقدار ربعه يكون لورثة الموصى ، كما تنقص تلك العين بمقدار الربع : وهو فدان ، يكون للورثة أيضاً عندما تكون هذه الأرض لا تغل أكثر من عشرة جنيهات .

ثم إن المذكرة التفسيرية صرحت بأنه فى جميع الأحوال يكون للورثة وقف عين أخرى لتغل المرتب إذا تضرروا من وقف العين التى ذكرها الموصى .

وهذه الوصية تنتهى بانتهاء المدة المحددة لها ، أو بموت الموصى له .

الصورة الثالثة : الوصية بمرتب لمعين مدة حياته سواء كانت من رأس

المال أو من الغلة ، كما لو أوصى لشخص بمائة جنيه كل سنة طول حياته أو مؤبداً أو أطلق ولم يقيدها .

وفى هذه الصورة يتبع فى تقدير الوصية وتنفيذها الطريقة التى بيناها فى الصورتين السابقتين بعد أن يقدر الخبراء مقدار حياة الموصى له بعد وفاة الموصى ، وتقديرهم تقريبى اجتهادى ، فإذا قدروها أصبحت مدة الوصية معلومة كأن الموصى قدرها حين الوصية فتأخذ حكمها .

فإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة المقدرة لحياته انتهت الوصيه ، وكانت بقية منفعة العين المخصصة للتنفيذ فى الوصية بمرتب من الغلة ، أو العين ومنفعتها فى الوصية بمرتب من رأس مال التركة لمن يستحقها بعده سواء أكان موصى له آخر أم ورثة الموصى .

وكذلك تنتهى الوصية إذا نفذ المال الموقوف لتنفيذها ، وإذا عاش بعد انتهاء المدة المحددة فإنه يحق له أن يرجع على الورثة فى المدة الزائدة بمرتبه عند كثير من الفقهاء تحقيقاً لرغبة الموصى فى أن يأخذ هذا المرتب طول حياته .

وذهب ابن القاسم من المالكية إلى أنه لا يحق له الرجوع بشىء على الورثة فى المدة الزائدة ، وبرأى ابن القاسم أخذ القانون كما جاء بالمادة السادسة والستين(١) .

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين فى المادة - ٦٤ - إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال وتوقف مايغل المرتب الموصى به على الوجه المبين فى المادة - ٦٥ - إن كانت الوصية بمرتب من الغلة .

فإذا مات الموصى له قبل المدة التى قدرها الأطباء كان الباقى من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده ، وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التى قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة »

الصورة الرابعة : إذا أوصى بمرتب من رأس المال أو من الغلة للطبقات مدة الحياة أو مطلقة أو مؤبدة . فإن هذه الوصية تصح ويجب تنفيـــذها للموجودين من الطبقتين الأوليين عند وفاة الموصى فقط ، فلا وصية لمن كان من الطبقة الثالثة ولا لغير الموجود ولو كان من الطبقة الثانية .

فلو أوصى شخص لفلان بمرتب عشرين جنيها ثم من بعده لذريته يصرف لهم كل شهر أبداً ، فإن هذه الوصية تصح لفلان لأنه يعتبر الطبقة الأولى إذا كان موجوداً عند وفاة الموصى ، كما تصح للموجود من أولاده عند وفاة الموصى كذلك ، ولا تصح لأولاد أولاده ، لأنهم من الطبقة الثالثة ، فإذا لم يكن لفلان هذا أولاد عند وفاة الموصى ثم ولد له بعد ذلك فلا وصية لهم لعدم تحقق الشرط[١] .

ثم إنه يتبع فى تقدير قيمة الوصية وطريقة تنفيذها مايتبع فى الوصايا الأخرى التى شرحناها ، كما يتبع فى تقدير مدتها ما اتبع فى تقدير مدة الوصية لمعين من تفويضها إلى أهل الخبرة من الأطباء ، فهم الذين يقدرون حياة الموجودين ، وإن كان فيهم جنين قدرت حياته بستين سنة أخذاً بما قرره المتأخرون من فقهاء الحنفية فى الأعمار .

وبعد تقدير أعمار الموجودين تقدر مدة الوصية بأطولهم عمراً .

---

(١) يلاحظ أن هذه الوصية خالفت سائر الوصايا ، لأنه لا يشترط فى الموصى له غير المعين أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية ولا عند وفاة الموصى عملا بمذهب المالكية وإنما يشترط إمكان وجوده فقط ، فلو استحال وجوده بطلت الوصية كما شرحناه عند الكلام على شروط الموصى له .

فإذا أوصى لشخص بمرتب ثم من بعده لأولاده ، وكان له عندوفاة الموصى ثلاثة أولاد فقدر الأطباء حياة الأب بعشر سنين ، والأولاد بعشرين وثلاثين وخمسين بالترتيب كانت مدة الوصية خمسين سنة .

وعلى هذا يأخذ الأب وصيته من غلة العين إن كان المرتب من الغلة ، أو من الغلة والعين جميعاً إن كانت الوصية من رأس المال — إلى أن يموت — ، أو تنتهى المدة المحددة لحياته ، فإذا مات انتقلت الوصية إلى أولاده ، وتنتهى الوصية فى حقهم بموتهم ، أو بانتهاء مدتها ، أو باستيفاء قيمة ثلث التركة ، أو بنفاذ العين المخصصة للاستيفاء فيما إذا كانت الوصية من رأس المال .

وإذا انتهت مدة الأب قبل موته لا ينتقل الحق فى غلة العين الموقوفة إلى أولاده الموصى لهم من الطبقة الثانية ، لأن استحقاقهم لا يكون إلا بعد وفاة الأب لدلالة عبارة الموصى على ذلك ، ثم من بعده لأولاده ، وفى هذه الفترة تكون الغلة لورثة الموصى .

وإذا مات الأب بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة شمسية من وقت وفاة الموصى بطلت الوصية فى حق أولاده : لأن هذه المدة مبطلة للاستحقاق كما سبقت الإشارة إليه

جاء بيان حكم هذه الصورة فى المادة السبعين (١) .

بقى بعد ذلك الكلام على أحكام تكميلية ثلاثة هى : ١ — إذا نقصت غلة العين المخصصة للاستيفاء فى بعض السنين ، فهل يباع جزء من تلك العين لتكميل

---

(١) ونصها « لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصى ، ويقدر الأطباء حيـــاة الموجودين ، وتنفذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة فى الوصايا للمعينين »

المرتب أولا ؟ — ٢ — إذا زادت الغلة عن المرتب فى بعض السنين فما مصير هذه الزيادة ؟ — ٣ — هل لورثة الموصى أن يستولوا على العين المخصصة نظير دفع مبلغ من المال يساوى مجموع المرتبات الموصى بها ليستوفى الموصى له مرتبه منها ؟

عرض القانون لهذه المسائل فى مادتى ٦٧ ، ٦٩ ، فالمادة السابعة والستون(١) بينت حكم زيادة الغلة ونقصانها ، وهو يختلف باختلاف كون المرتب الموصى به من رأس المال أو من الغلة .

فإذا كانت الوصية بمرتب من رأس المال ونقصت غلة العين المخصصة عن الوفاء بالمرتب طولب ورثة الموصى بدفع هذا النقص حتى يكمل المرتب ، فإن لم يدفعوا باع القاضى من العين ما يكمل ثمنه المرتب . وإذا زادت الغلة عن المرتب كانت الزيادة لورثة الموصى ، لأن الغنم بالغرم .

وإن كانت الوصية بمرتب من الغلة فإن الاستيفاء لا يكون إلا من غلة العين المخصصة ، فإذا نقصت الغلة فى عام من الأعوام فلا يرجع الموصى له على الورثة بما يكمل هذا النقص ، كما ليس لهم المطالبة ببيع شىء من العين لتكملته ، لأن حقهم فى الغلة لا فى العين ، وإنما يكمل النقص من زيادة الغلة فى سنة أخرى إذا كانت الزيادة محبوسة لذلك

وأما زيادة الغلة عن المرتب فتكون لورثة الموصى إذا كانت عبارة الوصية تفيد أن صرف المرتب كل عام يؤخذ من غلات هذا العام ، أو وجدت قرينة تدل على

---

(١) ونصها « إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه مابقى بالمرتب ، وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصى .

ويوقف مايزيد من الغلة عن المرتب الموصى به فى الغلة حتى تنتهى مدة الانتفاع ، فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفى لتنفيذ الوصية فى إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة فسنة ، أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصى ،

ذلك ، وفى هذه الحالة يأخذ الموصى له مرتبه كاملا أن وفت الغلة ، أو ناقصاً إن لم توف به ، ومازاد من الغلة لايحبس بل يعطى لورثة الموصى .

وإذا لم يكن فى عبارة الموصى ما يدل على هذا التقييد فإن فائض الغلة يحبس لحساب الموصى له ليستوفى منه حقه عند نقصان الغلة ، ويبقى محبوساً حتى تنتهى مدة الوصية ، فيأخذ الورثة مابقى من تلك الزيادة المحبوسة .

والمادة التاسعة والستون(١) بينت حكم الاستيلاء فجعلت للورثة الحق فى أن يستولوا على العين التى خصصت لاستيفاء المرتب من غلتها بعد أن يودعوا المرتبات الموصى بها فى جهة يعينها الموصى له كمصرف من المصارف ، أو يعينها القاضى إذا لم يتفقوا مع الموصى له عليها ، فإذا فعلوا ذلك كانت لهم الحرية فى الاستيلاء على العين والتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات المشروعة ، وانتقل حق الموصى له إلى المبلغ المودع يأخذ منه مرتبه كل شهر أو كل سنة ، ولايكون له بعد ذلك أى حق على التركة حتى ولو هلك المال المودع لايملك الرجوع على الورثة ويلاحظ أن حقه متعلق بنفس هذا المال ليستوفى منه مرتبه ، وليس له حق فى نمائه لو فرضنا حصوله بسبب من الأسباب وإنما يكون النماء للورثة .

فإذا مات الموصى له قبل انتهاء مدة الوصية فإن الباقى من الأموال المودعة لتنفيذها يكون لورثة الموصى إلا إذا كانت المرتبات موصى بها لآخر من بعده فإنها تنتقل فى هذه الحالة للموصى له الثانى .

كما يلاحظ أيضاً أن المبلغ الذى يقدمه الورثة هو مجموع المرتبات الموصى بها فى حدود ثلث التركة .

---

(١) ونصها « فى الأحوال المبينة فى المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه بشرط أن يودعوا فى جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضى جميع المرتبات نقدا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية ، فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقى لورثة الموصى . ويزول كل حق للموصى له فى التركة بالإيداع والتخصيص »

الباب الثاني

في
حكم الوصية ومبطلاتها

وفيه فصلان

الفصل الأول
في حكم الوصية

وفيه مبحثان

أولهما : في بيان مدلول الحكم وآراء الفقهاء في وصفها الشرعي

وثانيهما : في وصية القانون

المبحث الأول

تتجه إرادة الشارع إلى مايصدر من الإنسان من تصرفات قبل وقوعها فيطالب منه فعلها أو تركها ، وهذا الطلب يكسبها صفة لم تكن موجودة من قبل . فإذا مافعلها فقد تأتى موافقة الطلب ، وقد تكون مخالفة له فتنشأ لها صفات أخرى .

وفي كلتا الحالتين يرتب الشارع عليها مايلائمها من النتائج والآثار .

هذه الصفات وتلك الآثار سماها الشرعيون أحكاما فتراهم يطلقون لفظ الحكم مرة ويريدون منه ماللتصرف من صفات باعتبار طلب الشارع له . فيقولون : هذا الفعل واجب وذاك حرام أو مكروه.

وأخرى يريدون بها ماله من صفات جاءت نتيجة موافقته للطلب أو عدم موافقته

كقولهم : هذا تصرف صحيح وذاك باطل ، أو جاء نتيجة ما للتصرف المشروع من قوة تقتضى ترتب آثاره عليه فى الحال أو لاتقتضى ذلك ، فيقال : هذا عقد نافذ وذاك موقوف ، أو ماله من قوة ملزمة لـكلا من الطرفين أو لأحدهما أو غير ملزمة لواحد منهما ، فيقال : هذا تصرف لازم أو غير لازم .

وثالثة يقصدون بها ماللتصرف من آثار تترتب علية شرعا . كقولهم حكم الوصية أنها تفيد الملك بعد وفاة الموصى له .

ومن هنا كان للفظ الحـكم إطلاقات ثلاثة باعتبارات مختلفة .

الأول : يطلق ويراد به صفة فعل المـكلف التى يظهر أثرها فى الثواب والعقاب ويسمى حكماً تكليفيا ، والفعل يتنوع باعتبارة إلى النوع : فرض وواجب وسنة ومندوب وحرام ومكروه .

الثانى : يرد به صفة فعل المـكلف التى يظهر أثرها فى اعتباره فيصلح لترتب النتائج عليه أولا ، وكونه ملزماً لصاحبه أو غير ملزم له ، ويسمى حكما وضعياً على الرأى الراجح ، والفعل يتنوع باعتباره إلى صحيح وغير صحيح ، ونافذ وموقوف، ولازم وغير لازم .

الثالث : يراد به الأثر المترتب على التصرف باعتبار ماتحقق له من صفات .

وحكم الوصية بهذا المعنى الأخير هو ثبوت الحق للموصى له فى الموصى به متى تمت الوصية ، وتمامها يكون بأحد أمرين .

إما بقبول الموصى له الوصية أو من يقوم مقامه فى ذلك إن كان القبول شرطا فيها ، وإما بمجرد موت الموصـــــى إذا لم يكن القبول شرطا . كما فى الوصية لمن لايحصون ، والوصية للجهات التى ليس لها من يمثلها قانونا، والوصية التي أوجبها القانون..

وهذا الحق أعم من أن يكون ملكا إن كان الموصى له أهلا للتمليك والموصى به مما يملك ، أو غير ملك ، كما إذا كانت الوصية لجهة من الجهات التى لايتصور منها تملك : كالمساجد والمصحات

فإذا كان الموصى به مالا ، والموصى له أهل للتملك ، وقبل الوصية بعد وفاة الموصى ، ولم يوجد مانع يمنع من نفاذ الوصية فإنه يملك ذلك المال ملكا تاما يثبت له فيه كافة خصائص الملكية التامة ، ولا يتوقف ملكه على القبض ، لأن الوصية ليست هبة من كل وجه حتى يتوقف الملك فيها على القبض ، وإذا مات يورث عنه كسائر أملاكه .

وإذا كانت الوصية لمن لا يحصون فإن الملك يتوقف على قبض كل واحد ، لأن القبول متعذر من الجميع ولا ينوب واحد منهم عن باقيهم .

وإذا كان الموصى به منفعة فإنه يترتب على الوصية ـ بعد تمامها مستوفية لسائر شروطها ـ الملك للموصى له . وهو ملك ناقص . له أن يستوفيه على الوجه الوارد فى الوصية طول المدة المحددة لها . سواء أكانت سنوات معدودة أم مدى حياة الموصى له ، ولا يملك أحد من الورثة أو من غيرهم منع هذا الاستيفاء ، فإذا انتهت المدة عادت إلى ملك الورثة فيكمل ملكهم .

وإذا كانت الوصية بإقراض مبلغ معين ثبت ذلك الحق للموصى له متى تمت الوصية ، وكان له أن يتصرف فى هذا المبلغ مع وجوب رده بعد المدة المحددة لهذا الإقراض .

وهكذا فى كل نوع من أنواع الوصية يترتب عليه ما يناسبه من الآثار والأحكام كما سبق تفصيله .

وأما حكمها بالمعنى الثانى . وهو وصفها الشرعى الذى يكون له أثر فى اعتبارها وعدم اعتبارها : فهو أنها تكون صحيحه وغير صحيحه ، ونافذة وغير نافذة ، ولازمه وغير لازمه حسب اختلاف الأحوال :

فإذا استوفت شرائط صحتها كانت صحيحة صالحة لترتب الآثار عليها ما لم يمنع مانع من ذلك ، وإذا فقدت شرطا من تلك الشرائط كانت غير صحيحة لا تصلح لترتب شيء من الآثار عليها ، فوصية المجنون والصبى غير المميز باطلة فى نظر الفقه والقانون ، ووصية الصبى المميز صحيحة فى نظر الفقهاء باطلة فى نظر البعض الآخر والقانون ، ووصية السفيه صحيحة فى نظر الفقهاء باطلة فى نظر القانون إذا لم تأذن بها المحكمة المختصة ،ووصية المسلم للكنائس باطلة فى نظر الفقه والقانون ،ووصيته لفقراء غير المسلمين صحيحة شرعاً وقانوناً ، ووصية غير المسلم باطلة فى نظر بعض الفقهاء صحيحة عند فريق آخر منهم وفى نظر القانون .

والوصية الصحيحة إذا استوفت شرائط النفاذ كانت نافذة ، وإن فقدت واحداً منها كانت موقوفة على إجازة صاحب الحق المتعلق بمحلها .

فوصية المدين بدين مستغرق غير نافذة فى نظر الفقه والقانون ، والوصية للوارث غير نافذة فى نظر بعض الفقهاء نافذة فى نظر البعض الآخر والقانون .

ثم إن الوصية الصحيحه النافذة إذا كانت اختيارية ولو كانت بواجب عليه لله أو للعباد لا تكون لازمة فى حق الموصى ما دام حياً . فيجوز له الرجوع عنها فى أى وقت شاء ، وتكون لازمة له ولورثته بعد وفاته إذا مات مصراً عليها ، وغير لازمة فى حق الموصى له إلا إذا قبلها . فله مطلق الخيار فى ردها أو قبولها .

والوصية التى أوجبها القانون تكون لازمة بمجرد صدورها منه لا يجوز له

الرجوع عنها ، بل إنها لازمة بحكم القانون ولو لم ينشئها الشخص فى حياته .

وأما حكمها بالمعنى الأول — وهو الحكم التكليفى — فقد اتفق [١] الفقهاء على أنها كانت فى مبدأ أمرها واجبة للوالدين والأقربين بقوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين .... الآيات .

ثم نسخ ذلك الوجوب فى حق الوارث بعد تشريع الميراث ، وبيان نصيب كل وارث ، كما اتفقوا على وجوبها بما عليه من حقوق لله تعالى . كزكاة لم يؤدها ، أو كفارة أو فدية صوم ، وما شابه ذلك ، أو حقوق للعباد ليس عليها دليل يثبتها من وثيقة أو شهادة ، كدين أو وديعة .

وإنما وجبت الوصية فى هذه الحالة لأن أداء الحقوق واجب عليه ، وقد تعينت الوصية طريقاً له .

واختلفوا فى وجوبها فى غير هذا الموضع على رأيين :

الأول : أنها ليست واجبة ، بل هى مستحبة رغب الشارع فيها ليبر بها الإنسان قريباً ، أو يعين بها محتاجاً ، وهو قول جمهور الفقهاء ، ومنهم الأئمة الأربعة «أبوحنيفة وملك والشافعى وأحمد» وقال القرطبى فى تفسيره . إنه قول أكثر العلماء ، ولقد

---

(١) حكى أبوحيان فى تفسيره البحر المحيط قولا — لم يعين قائله — بأن الوصية للقريب الوارث لم تنسخ بل تجب له مع الميراث . وعبارته (واختلفوا فقال قوم الآية محكمة والوصية للوالدين والأقربين واجبة ويجمع الميراث بين الوصية والميراث بحكم الآيتين) وهذا القول غير صحيح لمنافاته لحديث (إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث) : ولعل الحديث لم يبلغ أصحاب هذا الرأى .

بالغ بعضهم وحكى الإجماع عليه ، ولكن دعوى الإجماع غير صحيحة لوجود الخلاف كما سيأتى فى القول الثانى .

ومع أن الأصل فيها ذلك عندهم إلا أنه قد يعرض لها عارض فيسلبها هذا الاستحباب ويسمها بسمة أخرى من التحريم أو الكراهة أو غيرهما ، لأن الوصية تصرف له غاية تبعث عليه فيختلف حكمها تبعاً لاختلاف الغاية ، فقد يكون الباعث عليها شراً ، وقد يكون خيراً ، وقد يتجاوز بها الموصى حدود الدائرة المشروعة فيها .

فإذا وقعت موقع الصدقة ولم يصاحبها مخالفة شرعية ، كما إذا أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين ، أو لجهة من جهات البر ، كالمصحات والملاجىء مثلا تكون مستحبة .

وإذا لم تقع موقع الصدقة بأن كانت لغنى مثلا ، ولم يصاحبها ما هو منهى عنه شرعاً تكون مباحة ، فعلها وعدمه سواء .

وتكون حراماً إذا كانت بمعصية ، كما إذا أوصى بمال يقام به حفلات ماجنة أو يعطى للنائحات لينحن عليه ، أو لأندية اللهو المحرم ، أو كان الفعل فى ذاته ليس محرماً ولكن الباعث عليه محرم ، كما إذا أوصى بقصد الإضرار بالورثة حتى ولو كان الموصى به فى حدود الثلث ، أو أوصى لخليلته لتبقى معه على الحالة المحرمة ، أو أوصى لفاسق ليستعين بها على الفسق .

وقد تكون مكروهة . كما إذا أوصى لفاسق وليس من غرضه أن يستعين بهذا المال على الفسق ، فإن نفس الوصية مباحة لكن لما كان يحتمل أن يستعين الفاسق بها على فسقه كانت مكروهة لهذا . وكما إذا أوصى لأجنبى وماله قليل وورثته كثيرون من غير قصد الإضرار فإن إغناء ورثته خير من إعطاء الأجنبى .

الرأى الثانى : أن وجوبها لا تزال باقياً ، وهو ما ذهب إليه جماعة من فقهاء

التابعين والأئمة من بعدهم . منهم سعيد بن المسيب ، والحسن البصرى ، وطاوس وعطاء ، والزهرى ، ومسروق وقتادة ، وإياس ، وأبو مجلز ، وحكاه البيهقى عن الشافعى فى القديم ، كما حكى عن الإمام أحمد ، وهو قول إسحاق وداود الظاهرى ، وابن جرير ، وأبو عوانة الأسفراييني وغيرهم[1] ، وأخيراً قال به ابن حزم الظاهرى

وأصحاب هذا الرأى مع اتفاقهم على وجوبها مختلفون فيمن تجب له . فمنهم من لم يعين الموصى له ، ومنهم من يرى وجوبها للوالدين والأقربين غير الوارثين ومنهم من يرى أنها واجبة عموماً ولهؤلاء خصوصاً[2] . وتفصيل هذا الخلاف لا يعنينا هنا ، وإنما الذى نريد أن ننبه عليه هو أن الشخص إذا ترك الإيصاء الواجب عليه فهل يجب على غيره أن يقوم به ، أو أنه لا يجب على أحد من بعده ويكون آثماً على تركة هذا الواجب . ؟

هنا نجد ابن حزم الظاهرى يذهب إلى هذا الواجب لا يسقط بتركه ، بل يجب على ورثته أو الوصى أن يعطى لمن وجبت لهم الوصية شيئاً غير محدد بمقدار ، لأن أصل الوصية ليس له مقدار محدد ، فقد كان واجباً على صاحب المال أن يوصى لهم بما تطيب به نفسه ، فكذلك من ينوب منابه ، ويرى مع هذا أنه لا يجب عليه

---

(١) راجع تفسير القرطبي ج ٢ ص . ٢٤ وما بعدها ، وتفسير البحر المحيط ج ٢ ص ١٧ ، والمغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٢ ، والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣١٤ وما بعدها ، ونيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٢٩ . فكل واحد من هؤلاء حكاه عن جماعة .

(٢) وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما إذا لم يكن له قريب غير وارث . فإن من أوجبها مطلقاً يحتم عليه الإيصاء لأجنبي ، ومن قصر الوجوب على الأقرباء يقول بسقوط الوجوب عنه . ومن قال بوجوبها عليه عموماً وخصوصاً يقول بعدم سقوط الوجوب عنه فى هذه الحالة . إلا أنه فى حالة وجود القريب يقدم على غيره .

الإيصاء لجميع أقاربه غير الوارثين ؛ بل يجب عليه أن يوصى لوالديه ، وأما أقاربه فيجزئه أن يوصى لثلاثة منهم (١) . وإلى هـذا الرأى استند قانون الوصيـة فى تشريع الوصية الواجبة . فيما سنبين ذلك فيما بعد .

والخلاف فى وجوب الوصية ترجع إلى الخلاف فى بقاء الوجوب المستفـاد من آية الوصية أو نسخه ، وإلى وجود بعض أحاديث تفيد بظاهرها وجوب الوصية .

فالقائلون بالوجوب استدلوا .

أولا : بما رواه الجماعة عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شىء يريد أن يوصى فيه إلا ووصيتـه مكتوبة عند رأسه » .

فهذا الحديث يدل بظاهره على أن الوصية واجبة يجب المبـادرة إلى فعلهـا ، ومما يؤيد ذلك أنه ورد فى بعض الروايات أن عبد الله بن عمر راوى الحديث ، قال : ما مرت على ليـلة منذ سمعت رسـول الله قال ذلك إلا وعنـدى وصيتى ،

ويجاب عن هذا الدليل . بأنه لا يدل على وجوب الوصية ، لأنهـا لو كانت واجبة لم يجعلهـا إلى إرادة الموصى ، ولـكان ذلك لازماً على كل حال ، وإنمـا الغرض من الحديث هو الحث على المبادرة بكتابة الوصية ، لأن معنـاه ليس من

---

(١) يقول ابن حزم فى المحلى ج٩ص٣١٤، وفرض على كل مسلم أن يوصى لقرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لـكفر وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون فيوصى لهم بما طابت به نفسه لا حد فى ذلك ، فإن لم يفعل أعطوا ولابد ما رآه الورثة أو الموصى ، فإن كان والداه أو أحدهما على الـكفر أو مملوكا ففرض عليه أيضاً أن يوصى لهما أو لأحدهما ، فإن لم يفعل أعطى أو أعطيا من المال ولا بد ثم يوصى فيما شاء بعد ذلك ، فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزأه » .

الحزم والرأى السديد أن يمر على الإنسان زمن يملك فيه ما لا يوصى به ولا يكتب وصيته .

ولو سلم أنه أريد به بيان الوجوب فمحله من كان عليه حق لا يستطيع أداءه ويخاف ضياعه على أصحابه ، وكذلك من له حقوق عند الناس يخاف تلفها على الورثة فهذه وتلك يجب عليه الوصية بها ولا خلاف فيه .

ثانيا : بآية الوصية فإن التشريع فيها ورد بلفظ كتب وهو يفيد الفرضية وتأكد ذلك بقوله حقاً على المتقين » .(١)

وأما أصحاب الرأى الأول الذاهبون إلى عدم الوجوب فيقولون : إن الآية كانت توجب الوصية أولا للوالدين والأقربين . ثم نسخ ذلك الوجوب بآيات المواريث أو بحديث « ألا لا وصية لوارث » . ولو كانت الوصية واجبة لبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يعقل أن يترك أمراً كهذا من غير بيان .

ولقد توفى كثير من الصحابة من غير إيصاء ، ولو كانت واجبة ما تركوها ولبادروا إلى فعلها وبيانها .

---

(١) والمستدلون بالآية مع اتفاقهم على بقاء دلالتها على وجوب الوصية مختلفون فى حكمها الأول . هل بقى كما هو أم طرأ عليه نسخ فى بعض صوره؟ فمنهم من يرى أن الآية طرأ عليها نسخ جزئى؛ لأنها عامة بلفظها ومعناها وكانت شاملة للوالدين والأقربين وارثين أو غير وارثين ، ثم نسخ منها وجوب الوصية للوارثين منهم بآيات المواريث وبقى فى حق من لا يرث . فهى من قبيل العام المخصوص عندهم ؛ ومنهم من يرى أنه لم يطرأ عليها نسخ أصلا ، لأنها وإن كانت عامة بلفظها إلا أنه أريد بها من أول الأمر غير الوارثين من هؤلاء ، فهى قبيل العام الذى أريد به الخصوص . لكن الرأى الأول أقرب إلى الصواب من الثانى لأنه يتفق مع حديث « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث » الذى يشير إلى أن الوصية كانت واجبة له .

وأنت ترى أن هذا الرأى يعتمد أولا وقبل كل شىء على دعوى نسخ آية الوصية . وهذه الدعوى ليس من السهل تسليمها كما قلنا عند الكلام على مشروعية الوصية للوارث لأن النسخ لا يلجأ إليه إلا عند معرفة التاريخ وتعذر الجمع بين الدليلين . وهنا الجمع ممكن بين آية الوصية وآيات المواريث – على فرض القطع بتقدم آية الوصية فى النزول – لأن آية الوصية وإن كانت عامة لمن يرث ومن لا يرث فإن آيات المواريث والحديث لا تعارضها إلا فى الوصية للورثة فقط .

فيكون وجوب الوصية منسوخاً فى حقهم وباقياً فى حق غير الوارثين ، وإن كانت خاصة بغير الوارثين من أول الأمر – كما قيل – فلا تعارض ولا نسخ أصلا .

على أنه جاء فى سياق الآيات المبينة للمواريث الأمر بإعطاء غير الورثة من الأقربين ، ما يطيب خاطرهم فى قوله تعالى « وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا » (١) النساء – ٨ –

وقولهم إن رسول الله لم يبينها غير مسلم ، لأن القرآن أوجب الوصية للوالدين والأقربين ، فلما نزلت آيات المواريث قال الرسول « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث » ولو كان وجوب الوصية نسخ بالكلية لنفى الرسول الوصية مطلقاً من غير تقييد بكونها للوارث (٢) .

---

(١) جاء فى تفسير القرطبى ج ٤ ص ٤٨ وما بعدها بيان لأقوال العلماء فى هذه الآية وخلافهم فيها . هل هى منسوخة أو بقى حكمها ؟ وإذا كان حكمها باقياً .هل العطاء فيها فرض أو مندوب إليه ؟ وحكى عن بعض العلماء القول بأن هذا العطاء فرض ، والخطاب للورثة أو لمن يقسم التركة ،أمروا بأن يعطوا أولى قرباهم ويتاماهم ومساكينهم شيئاً حسبما تسمح به التركة مع قول معروف. كأن يقول للمعطى له: بورك لك فى هذا المال ، أو ما شابه ذلك .

(٢) يقول صاحب تتمة الروض النضير فى ص ١٠٩ ما ملخصه . أن آية الوصية =

ولقــد روى القول بوجوب الوصية عن ابن عباس فى إحدى الروايتين عنه ، كما أنه روى عن ابن مسعود بيان لمن تجب له الوصية فقال : إن الوصية تجب للقريب غير الوارث ، الأفقر فالذى يليه .

فإذا صح النقل ينقض قولهم : إنه لم يؤثر عن أحد من الصحابة بيان لوجوبها ، وإن لم يصح فمبلغ علمنا عنهم أننا لم نقف على مافعلوه فيها ، وهو لا يصلح سنداً لنفى الوجوب والمســألة اجتهادية اختلفت الأنظار فيها ، وكتاب الله قائم يتلى فيــه حكم الوصية .

وبعــد هذا نرى أن القول ببقــاء وجوب الوصية للقريب غير الوارث هو أوجه الرأيين وأوضحهما دليلا .

= خاصة بالورثة ، وأنها كانت توجب الوصية لهم فقط ، ثم نسخ ذلك بآيات المواريث بناء على أنها جاءت بلفظ الأقربين وهم الورثة لأنهم الذين يصدق عليهم ذلك ، وأما غير الوارث فهو قريب لاأقرب ، فالآية غير شاملة لهم ، وخلص من ذلك إلى أن الوصية لاتجب للأقرباء غير الوارثين لكنهم أولى بالإيصاء من غيرهم .

ونحن نرى أن هــذا الكلام غير مسلم ، لأنه يجعل دلالة الألفاظ اللغوية على معانيها تابعة للأحكام الشرعية ، فإذا كان الشخص وارثا بالفعــل عد من الأقربين ، وإذا حجب عنه خرج منهم ، وهذا غير سائغ لغة ، على أنه يلزم عليه أن يكون الأخ مثلا من الأقربين مرة ، وليس منهم مرة أخرى مع أنه فى كلا الحالتين يتصــل نسبه بأخيه بواسطة الأب ، ثم إننا لو سلمنا ذلك فى غير الوالدين فلا نستطيــع تسليمه فيهما لأنه ليس فى الآية لفظ يشير إلى أن الوصية لهما كانت واجبة فى حالة واحــدة . فالمنطق السليم يقضى ببقــاء الآية على مدلولها اللغوى وهو شمولها للوارث وغــيره ثم نسخ الوجوب فى حق الوارث وبقى فى حق غيره .

المبحث الثانى
فى
وصية القانون

تلك مذاهب الفقهاء فى الوصية ووجوبها ، ومنها عرفنا أنه لم يكن قبل صدور قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٥ وصية واجبة على شخص فى ماله يطالب بها قضاء وتنفذ فى تركته وإن لم تصدر منه ، بل كان وجوبها بما عليه من حقوق أمر دينى بينه وبين ربه . إن وصى بها خرج عن العهدة ، وإن تركها أثم لهذا الترك ، ولم يكن للقانون سلطان عليه فى ذلك .

ولكن قانون الوصية أوجب منها نوعاً جديداً فى وضعه ومقوماته ، فأوجب الوصية لصنف من الأقربين الذين حرموا من الميراث لوجود من يحجبهم عنه ، أوجبها بمقدار معين ، وبشروط خاصة ، فجعل للحفدة على جدهم أو جدتهم فى حالة معينة وصية تستمد قوتها من القانون لا تحتاج إلى إنشاء من أحد . فإذا فعلها الشخص على الوضع الذى رسم فيه نفذت كما هى ، وإن تركها كانت واجبة بحكم القانون ، وإن صدرت منه على وضع آخر تدخل القانون لتعديلها كما أراد .

هذه الوصية بوضعها الجديد لم يوجد لها نظير من كل وجه فى كلام الفقهاء ، ولكن واضعى القانون حاولوا أن يجعلوا لها سندا ملفقاً من مذاهب الفقهاء وبعض القواعد الشرعية .

جاءت أحكام هذه الوصية فى المواد [1] — ٧٦ . ٧٧ ، ٧٨ .

---

(١) ونصها مادة - ٧٦ - « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند =

وتفصيل الكلام على هذه الوصية يحتاج إلى بيان الأمور الآتية :

١ — من تجب له هذه الوصية ـ ٢ ـ شروط إيجابها ـ ٣ ـ مقدارها .

٤ — حقيقة هذه الوصية ـ ٥ ـ طريقة استخراجها مع شرحها بالأمثلة .

٦ ـ سندها الفقهى .

من تجب له هذه الوصية ؟

تجب الوصية فى تركة الشخص لفرع[1] من مات من ولده فى حياته حقيقة

= موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات . ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

مادة ٧٧ ـ إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ؛ وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب ما يكمله .

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوصى له قدر نصيبه . ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث ، فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

مادة ٧٨ ـ الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا ،

فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم .

(١) هذا الفرع يشمل المولود وقت وفاة صاحب التركة والحمل إذا كان موجوداً =

أو حكما ، أو مات معه فى وقت واحد ولا يدرى أيهما سبقت إليه المنية ، فهذه صور ثلاث تجب فيها الوصية متى توفرت شروطها .

الأولى . إذا مات الشخص موتاً حقيقياً ذكراً أو أنثى فى حياة أصله « أبيه أو أمه » وترك أولاداً فإنهم يستحقون وصية فى تركة جدهم أو جدتهم .

الثانية: إذا مات الشخص موتاً حكمياً . كالمفقود الذى غاب أربع سنوات فأكثر فى حالة يظن فيها الهلاك : كحالة الحرب ، أو كان فى بلده وباء عام ثم حكم القاضى بموته فى حياة أبيه أو أمه ولو لم يكن مات حقيقة ، فإن أولاد المفقود تجب لهم الوصية باعتبار أنهم أولاد شخص مات بحكم القضاء فى حياة أصله ولا إرث له من ذلك الأصل [1] .

وذلك لأن المفقود بعد حكم القاضى بموته يعتبر ميتاً من وقت الحكم بالنسبة لتركته فيستحقها ورثته الموجودون وقت الحكم ومن مات منهم قبل الحكم لا يستحق شيئاً .

ويعتبر ميتاً من حين فقده بالنسبة لتركته فيستحقها ورثته الموجودون وقت الحكم ، ومن مات منهم قبل الحكم لا يستحق شيئا ، ويعتبر ميتا من حين فقده بالنسبة لإرثه هو من غيره لأن من شروط الإرث

= وقت الوفاة بالشروط التى بيناها من قبل ، فلو مات وكان لابنه المتوفى زوجة حامل ثم ولد ذلك الحمل قبل مضى سنة من وفاة أبيه استحق الوصية الواجبة بشرط أن يولد حياً حياة مستقرة .

(١) فإذا أخذ أولاد المفقود الوصية الواجبة ثم ظهر أنه حى فإنه يرث ويأخذ نصيبه من التركة وحينئذ تبطل الوصية الواجبة ، لأنها خلف وعوض عن ميراث أصلهم ؛ فإذا وجد الأصل لم يكن للخلف محل ، ولكن يؤخذ منهم ما بقى فى أيديهم ولا نضمنهم لما استهلكوه أو تصرفوا فيه لأنهم تصرفوا بناء على أنهم أصحاب ملك فلا تعدى منهم ، وإذا انتفى التعدى انتفى الضمان .

أن يكون الوارث حياً حياة محققة وقت وفاة المورث ، وحياة المفقود من حين فقده إلى وقت حكم القاضى بموته مشكوك فيها فلا يحكم بإرثة من شخص مات فى هذه الفترة .

فيتحقق شرط استحقاق أولاده للوصية الواجبة .

الثالثة : إذا مات الشخص مع أصله فى وقت واحد . كما إذا غرقا معاً أو هدم عليهما بيت فماتا ، أو احترقا بنار فى آن واحد ، أو ماتا فى ساحة القتال ولم يعلم السابق منهما بأى دليل ، وما شابه ذلك من الأسباب .

وإنما وجبت الوصية فى هذه الحالة لانتفاء الإرث فيها بين المتوفين ، والوصية تجب حيث لا يرث الشخص أصله .

وهذه الوصية تجب وإن لم ينشئها الشخص الذى وجبت عليه لأنها واجبة بحكم القانون – كما قلنا – ومما تجب ملاحظته هنا الأمور الآتيه .

الأول : أن ذلك الفرع إذا كان من أبناء البطون استحقها إذا كان من الطبقة الأولى ، وإذا كان من أبناء الظهور استحقها مهما نزل ما دام من أبناء الظهور .

وأولاد البطون هم من ينتسبون إلى الميت بأنثى كولد البنت ، وولد بنت الإبن ، وأولاد الظهور هم الذين لا ينتسبون إلى الميت بأنثى . كولد الابن ، وولد ابن الإبن وإن نزل .

فإذا كان المتوفى فى حياة أصله « أبيه أو أمه » – أنثى كانت الوصية لأولادها فقط دون أولاد أولادها ، وإن كان ذكر استحق فروعه الوصية من غير تقييد بطبقة ، ما داموا من أولاد الظهور . كأولاده ، وأولاد أبنائه ، وأولاد أبناء أبنائه. وهكذا . .

أما أولاد بنات الابن فليسوا من أبناء الظهور فلا يستحقون وصية واجبة ، فلو أن صاحب التركة كان له ولدان ـ أحمد وإبراهيم ، ولإبراهيم ولد وبنت « محمود وزينب » أنجب كل منهما أولاداً .

فإذا مات إبراهيم وولداه محمود وزينب فى حياة أبيه فإن أولاد ولدى إبراهيم لا يرثون لكون بعضهم محجوباً بمن هو أقرب منه ، والبعض الآخر من ذوى الأرحام ، وتكون الوصية الواجبة لأولاد محمود لأنهم من أولاد الظهور دون أولاد زينب لأنهم من أبناء البطون .

الثانى : أن الوصية الواجبة إذا كانت لأكثر من واحد من الفروع قسمت بينهم حسب تقسيم الميراث للذكر مثل حظ الانثيين ، لأن القانون جعلها عوضاً لهم عما كانوا يستحقونه من ميراث أصلهم الذى فاتهم بسبب موته قبل صاحب التركة .

هذا إذا كانوا كلهم من أصل واحد . كأولاد ابن واحد مثلا ، فإن تعددت أصولهم . بأن كانوا أولاد ابنين ، أو أولاد ابن وبنت قسمت أولا قسمة الميراث بين تلك الأصول ، ثم يعطى لكل فرع ما كان يستحقه أصله إن كان واحداً ، وإلا قسم بينهم قسمة الميراث .

فإذا كان لصاحب التركة ابنان وبنت . ماتت البنت وأحد أخويها فى حياة أبيهما وترك كل منهما أولاداً ، فإن الوصية تكون لأولادهما تقسم أولا أثلاثاً بحسب الأصل . للبنت ثلثها وللابن باقيها ، فما كان من حظ البنت قسم بين أولادها قسمة الميراث ، وما كان من حظ الابن قسم بين أولاده كذلك .

الثالث : إذا تعددت الفروع ـ بتعدد أصولها ـ واختلفت قرباً وبعداً من

صاحب التركة فإن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان فرعاً له ، ولا يحجب فرع غيره لأن الوصية تجب لمستحقيها فى الطبقة الأولى ثم تنتقل منه إلى أولاده ما داموا أهلا لها .

فلو أن المتوفى ترك من فروعه ابن ابن ، وبنت ابن ابن آخر ، وكان لابن الإبن بنت فإنه يحجب بنته فقط لأنها لا تستحق مع وجوده ، ولا يحجب بنت ابن عمه لأنها من فرع آخر ، بل تأخذ نصيباً مساوياً له ، لأن مقدار الوصية يقسم أولا على ابنى صاحب التركة ، ثم يعطى ما يخص كلا منهما حسب الميراث لأولاده المستحقين فى الوصية ، كما لو كانت أصولهم التى ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتبين .

٢ — *شروط إيجاب هذه الوصية :*

قيد القانون وجوب هذه الوصية بشرطين صرحت بهما المادة — ٧٦ —

أولهما : ألا يكون ذلك الفرع وارثاً من صاحب التركة ، لأن الوصية وجبت عوضاً له عما كان يستحقه من ميراث أصله لو بقى حياً . فإذا كان وارثاً ولو مقداراً قليلا لا تجب له هذه الوصية . كما إذا مات الرجل عن زوجة ، وبنت ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، فإن بنت الإبن تأخذ السدس فرضاً مع البنت تكملة للثلثين ، ثم تشاركها فى الباقى بطريق الرد .

وكما إذا مات وترك بنتين . وبنت ابن ، وابن ابن ابن فإنهما يأخذان ما بقى بعد نصيب البنتين تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين .

ولو كان فى المسألة السابقة أب وأم استحقت بنت الابن ، وابن ابن الابن وصية واجبة لانتفاء إرثهما فى هذه الحالة ، لأن الفروض استغرقت كل التركة ثلثان

للبنتين ، وسدس للأب ، وسدس للأم ، فلم يبق شيء لمن ترث بالتعصيب .

ثانيهما : ألا يكون المتوفى قد أعطى ذلك الفرع بغير عوض مايساوى مقدار الوصية الواجبة . كأن يهب له بدون عوض ، أو يبيعه بيعا صوريا بلا ثمن مقدار مايستحقه بالوصية .

فإن فعل ذلك لم تجب له وصية فى تركة المتوفى،وإن كان وهبه أقل مما يستحقه بالوصية وجب فى تركته مايكمل له ذلك النصيب، وإذا وهب للبعض دون البعض الآخر وجب لمن لم يهب له وصية بمقدار ما أوجبه القانون له .

وليلاحظ هنا أن القتل العمد العدوان بشروطه السابقة مانع للوصية مطلقاً . اختيارية كانت أو واجبة كما يمنع الميراث فهو يبطلها إذا حدث بعدها ، وتبطل به إذا تقدم سببه عليها .

فإذا أوصى الجد لفرع ولده الذى مات قبله ثم قتل الموصى له جده بطلت الوصية وإذا أوصى له بعد أن ضربه ضربة قاتلة لم يمت بها حين الضرب ، ولكنه مات بسببها فيما بعد فإن الوصية تبطل أيضاً ، وإذا لم يوص له بشيء وقتله فإنه لايستحق من تركته شيئا لا بالإرث ولا بالوصية التى أوجبها القانون — كما جاء بالمادة — ١٧ —(١)

٣ — مقدار الوصية الواجبة :

إن القانون الذى أوجب هذه الوصية . وجعلها عوضا عما كانوا يستحقونه بالإرث عن أصلهم لو لم يمت قبل مورثه قدر لها قدراً معلوما حتى لاتكون مثار نزاع بين هؤلاء وبين الورثة الآخرين فقدرها بما كان يستحقه أصلهم ميراثا — لو أنه

---

(١) فنى مطلعها « يمنع من استحقاق الوسية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً الخ .

تأخر موته ـ بشرط أن يكون فى حدود ثلث التركة . وفى تقديره هذا إشارة إلى أنها ليست ميراثا خالصا لأن الشارع حرمهم منه ، وإنما هى وصية وجبت عوضا عن الميراث الذى فاتهم .

فإذا أوصى صاحب التركة قبل موته بمثل نصيب فرعه المتوفى قبله لأولاده وكان مساويا لثلث التركة نفذت الوصية من غير توقف ، وإن كان أقل منه نفذ كما هو . لأن القانون جعله الواجب الأصلى ، وإن كان أكثر من الثلث كان وصية واجبة فى مقدار الثلث تنفذ من غير توقف ، وفيما زاد تكون وصية اختيارية تأخذ أحكامها . إن أجازها الورثة نفذت ، وإن ردوها بطلت ، وإن إجازها البعض وردها الآخرون نفذت فى حق من أجاز فقط .

وإذا لم يوص لهم بشىء وجب لهم مثل نصيب أصلهم مادام فى حدود الثلث . بأن كان مساويا له أو أقل منه ، فإن كان أكثر منه وجب لهم مقدار الثلث فقط ، ولا حق لهم فيما زاد مطلقاً ، لأن الفرض أن صاحب التركة لم ينشىء وصية ، فما قيل من أن القدر الزائد على الثلث فى هذه الحالة يكون موقوفا على إجازة الورثة لا وجه له .

وهذا الحكم يطبق أيضاً فيما إذا أوصى لبعض المستحقين وترك البعض الآخر فإنه يعطى لمن تركه نصيبه فى الوصية كاملا من باقى الثلث إن كان فيه متسع لذلك وإن لم يكن باقى الثلث كافيا كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره .

فإذا كان للشخص ثلاثه أبناء مات أحدهم فى حياته وترك بنتين فأوصى لواحدة منهما بثلاثين فدانا ولما مات وجدت تركته ١٥٠ فدانا :

ففى هذه الصورة نجد مقدار الوصية الواجبة مساويا لثلث التركة فيجب فى هذا

المقدار ، وحيث إن صاحب التركة أوصى لإحدى البنتين بأكثر مما تستحقه فإن الثانية تأخذ مابقى من الثلث وهو عشرون فدانا ، ولما كان أقل مما تستحقه يكمل لها من نصيب أختها فتأخذ منها خمسة أفدنة ، ومن أوصى لها بثلاثين تنفذ وصيتها فى خمس وعشرين ، وتتوقف فى الخمسة الباقية على إجازة الورثة ، لأنها تعتبر وصية إختيارية فيما زاد على الثلث .

ولو أوصى لكل مستحق بأقل من نصيبه كملت الأنصباء من باقى الثلث .

ففى المثال السابق . لو أوصى لكل بنت بخمسة عشر فدانا وجب لكل منهما عشرة أفدنة ليكمل النصاب.

ولو أوصى لكل واحدة بثلاثين فدانًا نفذت الوصية لكل واحدة فى خمسة وعشرين فدانًا ، وتوقف النفاذ فى الخمسة الزيادة على إجازة الورثة ، لأنها تعتبر فى هذا القدر وصية اختيارية .

ثم إن الوصية الواجبة تقدم على غيرها من الوصايا الاختيارية عند التنفيذ ، فإذا ترك الشخص من وجبت لهم الوصية من غير إيصاء وأوصى لغيرهم كان لأصحاب الوصية الواجبة نصيبهم من باقى الثلث إن وفى ، وإلا فمن ذلك الباقى ومما أوصى به لغيرهم ، وما بقى من الثلث بعد الوصية الواجبة يصرف للوصية الاختيارية إن كانت واحدة ، وإن تعددت قسم بينها بالمحاصة كما جاء ذلك فى المادتين ٧٧ ، ٧٨ .

٤ ـ حقيقة هذه الوصية .

هذه الوصية ليست وصية خالصة . كما وأنها ليست ميراثًا على الحقيقة ، ولكنها أشباه من الميراث مع بعض خصائص الوصية تجمعت فخرج منها ماسمى فى عرف القانون بالوصية الواجبة .

فهي تشبه الميراث من وجوه منها .

١ — أنها توجد وإن لم ينشئها المتوفى ، والوصية الحقيقية لا توجد إلا بإنشاء من الموصى .

٢ - أنها لاتحتاج قبول ، ولو كانت وصية محضة لتوقفت على القبول ، لأن الموصى له معين يتصور منه القبول بنفسه ، أو بمن له الولاية عليه إن لم يكن أهلا .

٣ — إنها لاترتد بالرد ، والوصية الحقيقية ترتد بالرد بخلاف الميراث .

٤ — أنها تقسم قسمة الميراث حتى ولو شرط الموصى تقسيمها على غير هذا الوجه إلا إذا كان ماشرطه لكل واحد يوفى بنصيبه من الوصية الواجبة .

وتخالفه من وجوه .

١ - أنه يغنى عنها ما أعطاه الجد لهم تبرعا بدون عوض ، والميراث لايغنى عنه ذلك .

٢ - أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره ، وفى الميراث كما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه .

٣ — أنها وجبت عوضا لهم عما فاتهم من ميراث أصلهم بموته قبل أن يرث من أصله ، والميراث ثبت ابتداء من غير أن يكون عوضاً عن حق ضائع .

وأخيرا نجد فيها من خصائص الوصية

١ — أنها تجب فى حدود الثلث ، وهذا شأن الوصية .

٢ — أنها تقدم على الميراث بل على سائر الوصايا الاختيارية .

تلك هى حقيقة الوصية الواجبة . أوجبها القانون لفرع الولد الذى مات فى حياة أصله بمثل ما كان يستحقه الولد الذى مات ميراثا كما جاء فى مطلع المادة (٧٦)

« إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث .

فهى لا تجب إلا لفرع الولد الذى مات وكان مستحقاً للميراث .

فإذا كان الولد موجوداً محروما من الميراث بسبب كونه قاتلا أو مختلفاً مع صاحب التركة فى الدين فلا تجب لفرعه وصية عملا بمفهوم المخالفة ، أو لأنه حكم مسكوت عنه فيرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية كما هو الشأن فى كل ما سكت عنه القانون .

ولكن هذا الفرع يستحق الميراث إذا كان أهلا له ولم يوجد من يحجبه ، فإذا لم يكن أهلا بأن كان مخالفاً فى الدين لصاحب التركة لا يرث ، وكذلك إذا كان أهلا ووجد من يحجبه كعمه مثلا ، أما إذا لم يوجد له عم فإنه يجعل الأب الممنوع من الميراث كالمعدوم فلا يحجب أولاده عن ميراث جدهم أو جدتهم ، وإذا كان أصل الفرع غير موجود بأن مات فى حياة أصله « أبيه أو أمه » ولكنه كان ممنوعا من الميراث بسبب اختلاف الدين فلا وصية لهذا الفرع ، لأن أصله ما كان مستحقاً للميراث من صاحب التركة ، فموته قبله لم يفوت على فرعه ميراثا كان يتلقاه عنه حتى يعوض عنه بالوصية .

ولكن يبقى لهذا الفرع حقه فى الميراث إذا لم يمنع منه مانع كما فى الصورة السابقة .

بقيت صورة أخيرة . وهى ما إذا تحقق الأمران : بأن مات الولد فى حياة أبيه وكان مستحقاً للميراث وترك فرعا يخالف أباه وجده فى الدين . فهل تجب لهـذا الفرع الوصية ؟

ظاهر المـادة يوجبها له ، لأنها مطلقة لم تقيد الفرع الذى تجب له هـذه الوصية بكونه متحداً فى الدين ، ولا بكونه أهلا للميراث .

ويؤيد هذا أن اختلاف الدين لايمنع صحة الوصية بل لايمنع وجوبها عندالقائلين بوجوب الوصية للقريب غير الوارث .

هذا مايسبق إلى الفهم من ظاهر المـادة ، ولـكن هذا الظاهر غير مراد للمشرع لأنه حين شرع هذه الوصية قصرها على الحفدة لتـكون تعويضا لهم عما فاتهم من ميراث كان يصل إليهم بالتلقى عن أصلهم لو لم يمت قبل صاحب التركة . فالباعث على التشريع هو التعويض .

وعلى هذا الأساس لو فرضنا بقاء أصل ذلك الفرع حتى ورث من صاحب التركة ثم مات بعد إرثه فإن فرعه المخالف له فى الدين لايرثه ، وحينئذ ينتفى الباعث على التشريع لأنه لم يفته شىء من الميراث حتى يعوض عنه بالوصية .

فلو قلنا بعدم وجوب الوصية فى هذه الصورة لـكان لنـا سند من روح القانون وهدف التشريع . وبخاصة إذا لاحظنا أن تشريع الوصية الواجبة جاء على خلاف الأصل فى الميراث فلا يتوسع فيه بل يقتصر على ماتيقن منه .

وليس الـكلام فى صحة الوصية عند اختلاف فى الدين حتى يقال إن صاحب التركة لو أوصى لهذا الحفيد صحت وصيته ، وإنما الـكلام فى وجوبها فى التركة إذا لم يوص له .

ومن هنا كان يجب على المشرع أن يجلى هذا الأمر عند التشريع أو يتداركه بتشريع آخر يزيل غموضه أو يكمل نقصه .

٥ — طريقة استخراج مقدار الوصية الواجبة .

القانون لم يبين طريقة استخراج هذه الوصية فى صراحة . فاختلفت الأنظار فيها حين صدور التشريع فنظر البعض إلى أن القانون سكت عن بيان الطريقة فيرجع إلى ما هو مقرر فى مذهب الحنفية لأنه هو الأصل الذى يرجع إليه عند عدم النص . فسلك هؤلاء فى معرفة مقدار الوصية الواجبة الطريقة المقررة فى هـــذا المذهب فى مسألة تشبه هذه إلى حد كبير ، وهى الوصية بمثل نصيب أحد الورثة وفيها تقسم التركة على الورثة الموجودين وبعد معرفة سهام كل وارث تزاد مثل سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه على سهام الورثة ، ثم توزع التركة على مجموع تلك السهام .

وهنا فى الوصية الواجبة تقسم التركة على الورثة الموجودين ثم تزاد مثل سهام ابن إن كان أصحاب الوصية أولاد ابن ، أو مثل سهام بنت إن كانوا أولاد بنت ، ثم توزع التركة على مجموع السهام بعد الإضافة ، فما يصيب أصل هؤلاء يكون مقدار الوصية فيعطى لأولاده .

فإذا توفى شخص عن زوجة ، وبنت وابن بنت ماتت فى حياة أبيها ، وأخ شقيق وترك ٩٦ فدانا ، فتقسم التركة أولا على الورثة وهم الزوجة والبنت والأخ الشقيق ، فيكون نصيب الزوجة الثمن ، والبنت النصف ، والأخ الباقى والمسألة من ٨ نصيب البنت منها ٤ فيزاد على أصل المسألة مثلها فتصير مجموع السهام ١٢ تأخذ بنت البنت منها ٤ سهام فتأخذ ٣٢ فدانا ، وهو يعادل نصيب البنت .

وأنصار هذه الطريقة يرجحونها بأنها متفقةوروح القانون ، ومحققة لغرض المشرع الذى أراد تسوية هؤلاء بمن يساوى أصلهم .

وهذه الطريقة يأخذ عليها أنها تؤدى فى بعض صورها إلى أن الفرع يأخذ أكثر مما كان يستحقه أصله لو كان حيا ويوجد ذلك فى بعض المسائل التى يكون استحقاق الفرع المتوفى فى حياة أصله لايتجاوز الثلث إن كان حياً . مع أن الباعث على التشريع هو تعويض الفرع عما فاته من ميراث أصله ، فهو يأخذ باسم أصله فكيف يسوغ أخذه أكثر منه ؟

على أن التسوية بين هذا الفرع و بين من يساوئ أصله التى ينشدها أصحاب هذا الحل وجعلوها عماد طريقتهم لا تتحقق إلا إذا كان نصيب الأصل أقل من ثلث التركة فإذا كان أكثر من الثلث فإنه سينقص إلى الثلث ، وهنا ينتفى التساوى بين الفرع ومن يساوى أصله .

فمثلا : إذا ماتت امرأة وتركت زوجا ، وابنا ، وابن ابن مات فى حياتها وتركت ٣٦ فدانا فإن التركة تقسم بين الزوج والابن : للزوج ربعها ، وللابن ثلاثة أرباعها ، والمسألة من ٤ يزاد عليها مثل سهام الابن ، فتكون مجموع السهام ٧ يأخذ منها ابن الابن ٣ من ٧ ، وهى أكثر من الثلث فيرد إلى الثلث فينعدم التساوى لأن ابن الابن سيأخذ ثلث التركة وهو ١٢ فدانا . ويأخذ الزوج ربعها وهو ٩ أفدنة ، والابن يأخذ الباقى وهو ١٥ فدانا .

وفريق آخر رأى أن القانون وإن لم يذكر طريقة استخراج الوصية صراحة إلا أنه أشار إليها فى المادة ٧٦ . ففى مطلعها يقول « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هــــذا الولد ميراثاً

لو كان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث » .

فإن هذا الجزء من المادة يبين أن مقدار الوصية هو ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا لو كان حياً فى حدود الثلث وهو صريح فى أن الفرع لا يأخذ أكثر مما كان يستحقه أصله بحال من الأحوال ، لأنه لو أخذ أكثر منه لما كانت الوصية بمثل ما كان يستحقه أصله لو كان حياً . الذى جعله القانون الواجب الأصلى .

وتقييد هذا النصيب بكونه فى حدود الثلث يفيد أن نصيب هؤلاء يجوز إنقاصه عما كان يستحقه أصلهم ميراثاً .

فالقانون يتجه إلى إعطائهم تعويضاً لهم عما فاتهم من ميراث كانوا يستحقونه لو لم يمت أصلهم قبل صاحب التركة ، وعدم حرمانهم ، وجعل الصلة بينهم وبين أصلهم الذى مات ، ولم ينس أن هذه وصية فمنع زيادتها على الثلث ، ولم يرد أن يعقد صلة بين هؤلاء وبين من يساوى أصلهم ، فيسوى بينهم وبينه فى الأنصباء ، لأن التسوية لا تكون إلا بجعلهم ورثة يحلون محل مورثهم ، والقانون لا يريد ذلك ، بل ولا يملك واضع القانون ولا غيره أن يجعلهم ورثة بعد أن حرمهم الشارع من الميراث فى هذه الحالة .

والحل الوحيد الذى يتفق مع هذه الأسس هو أن نفرض أصل أصحاب الوصية الواجبة حياً ثم تقسم التركة على هذا الفرض لنعرف مقدار ما كان يستحقه ، ثم نوازن بين هذا النصيب وثلث التركة ، ونجعل أقلهما مقدار الوصية فنعطيه لأولاده ، ثم نعمد إلى باقى التركة فنقسمها بين الورثة الحقيقيين .

وبهذا نكون قد أعطيناهم مثل ما كان يستحقه أصلهم من ميراث لو كان

حياً فى حدود الثلث ، ولا توجد صورة من الصور يأخذ فيها الفرع أكثر مما كان يستحقه الأصل .

ولكن يلاحظ عند التقسيم الأول الذى نفرض فيه حياة أصل أصحاب الوصية أنه لا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا ، أو أعقبوا من لا يستحق فى الوصية ، فلو خلف الميت إبناً ، وبنتاً ، وبنتى بنت ماتت فى حياته ، وابن ابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضاً غير مرتبين ، وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب ، أو أعقب أولاد بنت من الطبقة الثانية قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين تركوا من يستحق الوصية ، وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث ، فيكون لهما الثلث يقسم بينهما قسمة الميراث . للبنت ثلثه يعطى لبنتيها بالتساوى ، وثلثاه للابن يعطى لفرعه ولو أن أباه مات قبل جده كما جاء بالمذكرة التفسيرية .

وهذه الطريقة وإن كانت فى بعض صورها لا تحقق المساواة بين نصيب هؤلاء ونصيب مساوى أصلهم إلا أنه لا يعتبر مطعناً فيها ، لأنها لم تقم على تحقيق هذه المساواة — لسبب بسيط هو أن الشرع لم يرد تحقيقها — عكس الطريقة الأولى التى تهدف إليها فإنه ينقضها تخلف تلك المساواة فى بعض صورها ، وقد تحقق هذا التخلف فيما إذا كان نصيب الأصل أكثر من الثلث فإنه يرد إلى الثلث ، فتنعدم المساواة .

ولا يضير هذه الطريقة أن قال عنها مخالفوها : إنها طريقة حرفية .

لأنها وإن سارت مع حرفية المادة إلا أنها لم تهمل غرض الشرع ومقصده ولم يترتب عليها إسراف فى الإعطاء الذى لم يقصده القانون ، بل وقفت به عند الحاجة التى حددها .

ولتوضيح هذه الطريقة نضع أمام القارىء أمثلة مشروحة تبين طريقة الحل للوصية في صورها المختلفة حتى يمرن على حل مسائلها .

المثال الأول :

توفيت عن زوج ، وبنتين ، وابن بنت ماتت في حياة أمها وتركت ٣٢ فداناً .

فإذا فرضنا حياة البنت المتوفاة يصير الورثة فرضاً ثلاث بنات مع الزوج يأخذ الزوج ربع التركة ، والبنات الثلاث ثلاثة أرباعها فرضاً ورداً ، يخص المتوفاة منه ربع التركة ، يأخذه إبنها وصية واجبة وقدرها ثمانية أفدنة .

ثم تقسم باقي التركة وهو ٢٤ فداناً على الزوج والبنتين . للزوج ربعها فرضاً ، والباقي يأخذه البنتان فرضاً ورداً ، فيخص الزوج ٦ أفدنة ، وكل بنت ٩ أفدنه .

المثال الثاني:

توفي عن أب ، وابن ، وبنت ابن ابن توفي أبوها وجدها في حياة المورث وترك ٦٠ فداناً .

فإذا فرضنا حياة الإبن المتوفي يكون الميراث بين أب وابنين ، للأب السدس ، والباقي بين الابنين مناصفة ، والمسألة من ٦ وحيث إن سهام الابنين لاتنقسم بينهما من غير كسر ، فتصحح المسألة بضرب أصلها وهو ٦ في ٢ فيصير أصلها ١٢ ، للأب منهـا سهمان ، وللابن ٥ وهو أكثر من الثلث ، فيرد مقـدار الوصية إلى الثلث ، فتأخذ بنت ابن الإبن ثلث التركة وقدره ٢٠ فداناً ، والباقي يقسم بين الأب والابن يأخذ الأب سدسه فرضاً والباقي للابن تعصيباً .

المثال الثالث :

توفيت عن زوج ، وابن ، وبنت بنت في حياة أمها ، وابن بنت أخرى كذلك وتركت ٩٠ فداناً

فالورثة على فرض حياة البنتين زوج ، وابن ، وبنتان . الزوج ربع التركة ، والباقى بين الإبن والبنتين بالتعصيب ، والمسألة من ٤ ، للزوج سهم ، والأسهم الثلاثة بين الأولاد ، وهى لا تنقسم بينهم من غير كسر فتصحح بضرب أصل المسألة فى ٤ فيصير أصلها ١٦ نصيب وبنتين منه ٦ وهو أكثر من الثلث فيرد إلى الثلث ، فيكون مقدار الوصية ثلاثين فداناً تقسم مناصفة بين ابن البنت ، وبنت خالته فيأخذ كل منهما ١٥ فداناً ، ثم يقسم الباقى بين الزوج والابن يأخذ الزوج ربعه ، والباقى يأخذه الابن .

المثال الرابع

توفى عن أب ، وأم ، وبنت ، وبنت ابن ، وبنت ابن ابن توفى أبوها وجدها فى حياة المورث والتركة ٤٥ فداناً.

فى هذا المثال الوصية الواجبة لبنت ابن الابن ، لأنها لا يرث ، وأما بنت الابن فترث مع البنت . وعلى هذا تقسم التركة أولا بين الأب والأم والبنت والابن بعد فرضه حياً ، ونصيبه على هذا التقسيم أكثر من الثلث ، لأنه يأخذ ثلثى الثلثين تعصيباً مع أخته بعد فرض الأب والأم ، فيرد مقدار الوصية إلى الثلث ، وهو ١٥ فداناً تعطى لبنت ابن الابن (١) .

ثم نقسم الباقى على الورثة ، فتأخذ البنت نصفه ، وبنت الابن سدسه ، وكل من الأب والأم يأخذ السدس فرضاً ، ولا يبقى للأب شيء يأخذ بالتعصيب .

المثال الخامس :

توفيت عن بنتين . وبنت بنت توفيت أمها فى حياة جدتها ، وابن بنت ابن

---

(١) هذه المسألة من الغرائب حيث أخذت بنت ابن الابن ١٥ف بينما لا تأخذ بنت الابن وهى أقرب منها إلى صاحب التركة غير خمسة أفدنة .

توفيت أمه وجده فى حياة صاحبة التركة ، وأخت شقيقة ، وأخ لأم وتركت ٢٧ فداناً .

فى هذا المثال نجد ابن بنت ابن الإبن غير وارث لأنه من ذوى الأرحام ، ولا يستحق وصية واجبة ، لانه ليس من أبناء الظهور . فالوصية الواجبة هنا لبنت البنت ، فنفرض حياة أمها ، ونقسم التركة على ثلاث بنات ، وأخت شقيقة ، لأن الأخ لأم محجوب بالفرع الوارث ، فتأخذ البنات الثلاث ثلثى التركة فرضاً ، والباقى للأخت الشقيقة تعصيباً ، فيكون نصيب البنت المفروض حياتها ثلث الثلثين وهو ٦ أفدنة يعطى لبنتها وصية واجبة . ثم نقسم الباقى على البنتين والأخت الشقيقة لكل واحدة ثلثه وهو ٧ أفدنة .

المثال السادس :

توفى عن أب وابن ، وابن ابن توفى أبوه فى حياة جده ، وبنت ابن ابن توفى أبوها وجدها فى حياة المورث ، وترك ٢٤٠ سهماً فى شركة الحرير الصناعى ، الوصية الواجبة هنا لإبن الابن ، وبنت ابن الابن لعدم إرثهما . ولا يحجب أولهما الثانية . لأنها فرع لأصل آخر غيره وتقسم التركة أولا بين الأب . والأبناء الثلاثة بعد فرض حياة من مات منهم فى حياة أصله . فيأخذ الأب السدس . والباقى يقسم بين الأبناء الثلاثة بالتساوى . والمسألة من ٦ تصحح بالضرب فى ٣ . فيصير أصلها ١٨ يأخذ الأب منها ثلاثة أسهم . وكل ولد خمسة . فيكون نصيب الابنين المفروض حياتهما عشرة أسهم وهى أكثر من الثلث . يرد إلى الثلث فيعطى وصية واجبة للفرعين مناصفة . ومقداره من التركة ٨٠ سهماً يعطى لابن الابن منها ٤٠ سهماً ولبنت ابن الابن ٤٠ مثلها والباقى يقسم بين الأب والابن يأخذ ، الأب سدسها والابن باقيها .

المثال السابع :

فى المثال السابق لو أوصى الجد لابن ابنه بخمسين سهماً ولم يوص لبنت ابن ابنه وجب لها أربعون سهماً بحكم القانون تأخذها من باقى الثلث ، ولما كان باقية لا يفى بها يكمل لها مما أوصى به لابن الابن ، وحيث إن الثلث ضاق عن مجموع الوصية الواجبة، وما أوصى به باختياره ، فيكون القدر الزائد فى وصية ابن الإبن وهو عشرة أسهم وصية اختيارية بما زاد عن الثلث فيوقف على إجازة الورثة . إن أجازوها نفذت وإلا بطلت .

المثال الثامن :

توفى عن بنتين ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وابن ابن ابن آخر غير الأول توفى أبوه وجده فى حياة المورث ، وبنت بنت توفت أمها فى حياة أبيها وترك ٩٠٠ جنيه .

الوصية الواجبة هنا لبنت البنت ، وأما بنت الابن ، وابن ابن عمها فيرثان ما يبقى من فرض البنتين تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين .

والتركة تقسم أولا على فرض حياة البنت المتوفاة ، فيكون الورثة ثلاث بنات ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن تأخذ البنات ثلثى التركة فرضاً وقدره ٦٠٠ ج يخص البنت المتوفاة ثلثها وهو ١٠٠ ج تكون وصية واجبة تأخذها بنتها ، لأنها أقل من الثلث ، ثم يقسم الباقى بعد الوصية على الورثة وهو ٧٠٠ جنيه للبنتين ثلثاها والباقى للعصبات

المثال التاسع :

في المثال السابق لو كان مكان البنتين ابن ، والمسألة بحالها يكون الفروع الثلاثة

أصحاب وصية واجبة تقسم بينهم بنسبة أنصباء أصولهم فى الميراث المفروض لهم ، وهى هنا ثلث التركة ، لأننا فرضنا حياة أصولهم ، فيكون الورثة بنتاً وثلاثة أبناء تقسم التركة بينهم بالتعصيب والمسألة فيها من ٧ ، نصيب المفروض حياتهم ٥/٧ وهو أكثر من الثلث ، فترد الوصية إلى الثلث ، ومقداره ٣٠٠ ج يقسم بين فروع الأصول الثلاثة على خمسة أسهم لبنت الابن سهمان ، وقدرهما ١٢٠ ج ، ولابن ابن الابن سهمان وقدرها ١٢٠ ج ، ولبنت البنت سهم وقدره ٦٠ ج وباقى التركة للابن وقدره ٦٠٠ ج .

المثال العاشر :

توفى عن أم وابن ابن قتل جده المورث ، وابن بنت توفيت فى حياة أبيها ، وابن ابن بنت أخرى توفيت هى وابنها فى حياة المورث ، وأخ لأم وترك ١٢٠ فداناً كان قد أوصى منها بـ ٣٠ فداناً لابن ابنه قبل أن يقتله .

فى هذه المسألة ابن الابن محروم من الميراث بسبب القتل . ولا وصية له واجبة كذلك . وتبطل الوصية التى أنشأها له ، وابن ابن البنت كذلك لا ميراث له لأنه من ذوى الأرحام ، وليس له وصية لأنه فرع بنت من الطبقة الثانية .

وأما ابن البنت فلا إرث له لوجود من يرث بالفرض . ولكن له وصية واجبة . لذلك يفرض حياة أمه وتقسم التركة على هذا التقدير ، فيكون للأم السدس لوجود الفرع الوارث فرضاً ، وللبنت النصف فرضاً ، والباقى يرد عليهما ، وعلى هذا يكون نصيب البنت أكثر من الثلث فيكون مقدار الوصية الثلث يعطى لابن البنت وهو ٤٠ فداناً ، ثم يقسم الباقى على الورثة الحقيقيين وهم هنا الأم والأخ لأم ، فتأخذ الأم الثلث فرضا والأخ السدس فرضاً والباقى يرد عليهما بنسبة فرضيهما .

٦ — السند الفقهي لتشريع الوصية الواجبة :

إذا نظرنا لهذه الوصية على ضوء ما تقدم نجدها تضمنت الأحكام الآتيه :

١ — وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين .

٢ — وجوب إعطاء جزء من مال الشخص بعد وفاته على أنه وصية إذا ترك الإيصاء لهم .

٣ — قصر من وجبت لهم الوصية من الأقربين على الحفدة .

٤ — تحديد القدر الواجب لهم بمثل ما كان يستحقه أصلهم من الميراث في حدود الثلث .

٥ — تقسيم ذلك القدر بين المستحقين قسمة الميراث .

٦ — تقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية ، وهي الوصايا التي ينشئها الشخص باختياره ولو كانت بفرض أو واجب عليه لجهة أو لأشخاص .

والمذكرة التفسيرية عند شرح هذا النوع من الوصية بينت الحكمة في تشريعها كما بينت سند هذا التشريع من النصوص وآراء الفقهاء ، وحاولت أن تسند كل حكم من تلك الأحكام إلى رأي فقيه من الفقهاء ، ولكن واضعيها تكلفوا في هذا الإسناد كثيراً .

ويبدو لي أن واضعي مشروع القانون نظروا من خلال الحوادث فوجدوا الحاجة ماسة إلى تشريع لهؤلاء يحفظ لهم حقاً في تركة المتوفى فرتبوا أحكام الوصية الواجبة ، ثم حاولوا بعد ذلك نسبة كل حكم من أحكامها إلى رأي فقيه حتى لا ينفر الناس من هذا التشريع الجديد الذي لم يسبق له مثيل في التشريعات المصرية .

وخلاصة ما جاء بالمذكرة التفسيرية فى هذا الموضع .

أما فى بيان الباعث على التشريع فقالت : « إنها وضعت لتلافى حالة كثر منها الشكوى . وهى حالة الحفدة الذين يموت آباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالغرق والحرق ، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد يكونون فى عياله يمونهم ، وأحب شىء إلى نفسه أن يوصى لهم بشى من ماله ، ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً ، أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية » ثم بينت بعد ذلك من تجب له . . . وهذا حسن وجميل فى ذاته .

أما فى إسناد الأحكام إلى الأدلة ، ونسبتها إلى مذاهب الفقهاء فقد سلكت فيها ما يلى .

أما أصل الوجوب فدليله آية الوصية . وهو مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين . ومن بعدهم من أئمة الفقه الحديث .

وأما وجوبها إذا تركها فمذهب ابن حزم وبعض فقهاء التابعين . وهذا وما قبله صحيح ومسلم .

وأما قصر الأقارب غير الوارثين على الحفدة بالترتيب المبين فى المادة ـ ٧٦ ـ وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أصلهم فى حدود الثلث . وتقسيمه بينهم قسمة الميراث فقد قالت إنها مبنية على مذهب ابن حزم . وعلى قاعدة شرعية هى « أن لولى الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته وفى رأى بعض الفقهاء أمره ينشىء حكما شرعياً » .

ثم أخذت بعد ذلك فى توضيح هذا الإجمال بما لا يخرج عن كونه محاولات لتبرير التشريع على هذا الوجه الذى جاء فى القانون .

ونحن إذا عرفنا أن ابن حزم يرى وجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين ، وأنه جوز أن يكتفى من الأقربين بثلاثة فقط من غير أن يحددهم بحفدة ولا بغيرهم ، كما أنه وكل تحديد مقدار الوصية للموصى إذا أنشأها ، أو للورثة أو الوصى إذا تركها ؛ ولم يعرض لكيفية توزيع الوصية بين الموصى لهم .

إذا عرفنا ذلك أدركنا مدى البعد بين وصية القانون ومذهب ابن حزم ، وإذا أضفنا إلى ذلك سند القانون فى أصل وجوب الوصيةهو الآية ، وأنها توجبها للوالدين والأقربين وجدنا البعد يتزايد بين القانون ودليله .

فالآية توجبها أولا للوالدين غير الوارثين وللأقربين ، والقانون يتناسى الوالدين ويقصر الأقربين على الحفدة .

والكيفية التى شرعت بها الوصية الواجبة لا يوجد لها نظير من كل وجه فى الوصايا المشروعة ، بل هى أشبه بالميراث منها بالوصية ، ولذلك قيل عنها « إنها ميراث قانونى » .

ولعل واضعى مشروع القانون حينذاك نظروا للحفدة — وهم فى الغالب أطفال ضعاف — بعين عاطفة وأخرى مشفقة مقدرين ما ينتظر هؤلاء من بؤس وشقاء ، فحملهم هذا وذاك على تشريع مشاركتهم لبقية الورثة فيما تركه جدهم أو جدتهم ، وهم لا يملكون تشريكهم بطريق الإرث ، لأن الشارع حرمهم منه . فلم يجدوا أمامهم إلا باب الوصية فولجوه باحثين عما يحقق غرضهم ، فوجدوا فى أقوال بعض الفقهاء ما يصلح سنداً لهم فيما ذهبوا إليه ، فلفقوا وتكلفوا فى النسبة حتى خرج التشريع آخر الأمر على وضع فيه غموض فى بعض صوره — كما أشرنا إلى ذلك من قبل — وترك لبعض من أوجب لهم الدليل الوصية ، كالوالدين فى حالة حرمانهما من ميراث ولدهما الوحيد ، وهما فى الغالب يكونان فى حالة عجز تام ،

وقد لا يكون لهما مورد رزق غير صاحب التركة المتوفى ، فمن الرحمة أن يجعل لهما نصيب من الوصية ولو فى حالة العوز ليكون بر ولدهما لهما موصولا .

ألم يأمر القرآن ببرهما والإحسان إليهما من غير مراعاة لإسلامهما « وصاحبهما فى الدنيا معروفاً » .؟

إننا ما دمنا قد استندنا إلى الآية على اعتبار أنها محكمة فى إيجاب الوصية لغير الوارثين من الأقرباء فلا معنى لقصرها على فريق دون آخر ما داموا متساوين فى الحاجة والعوز .

نعم إن لولى الأمر أن يتدخل ويقصر الوصية على فريق دون آخر . لكن ينبغى أن يكون ذلك التخصيص لسبب معقول وواضح ، فأى فرق بين الحفدة — وقد يكون لهم مال آخر — وبين أخت شقيقة حجبت عن ميراث أخيها الذى لم يكن لها عائل سواه ، أو أخ شقيق عاجز عن الكسب ؟ !

إننا نأمل فى إلحاق تشريع الوصية الواجبة بتشريع آخر مكمل له يجلى ما فيه من غموض فى بعض صورها ، ويتخطى بها حدود الحفدة فيصل نفعها لمن هم فى أمس الحاجة إليها من المحتاجين الذين تربطهم بالميت صلة من القرابة القريبة ، وأخيراً تخلص به أحكامها مما نتج عن تطبيقها حرفياً من غرائب شاذة فى بابها ، فلقد وجدنا فى بعض صورها أن بنت البنت تأخذ باسم الوصية الواجبة أكثر مما تأخذه بنت الابن ميراثاً فيما إذا توفى عن بنت ، وبنت ابن ، وبنت بنت وترك ٣٠ فداناً ، فإن مقدار الوصية هنا ثلث التركة وهو ١٠ أفدنة تأخذها بنت البنت ، وتأخذ بنت الابن ربع الباقى بطريق الفرض والرد فيكون نصيبها ٥ أفدنة .

وأن بنت ابن الابن تأخذ أكثر مما تأخذه بنت الإبن وهى أقرب منها كما سبق فى المثال الرابع .

وأغرب من هذا أننا وجدنا بنت الإبن تأخذ أكثر من البنت فيما إذا توفى شخص عن بنتين ، وبنت ابن ، وأخت شقيقة وترك ١٨٠ سهماً فإن مقدار الوصية هنا ثلث التركة وهو ٦٠ سهماً تأخذها بنت الابن ، ثم يقسم الباقى على البنتين والأخت ، فتأخذ كل بنت ثلثه ، وهو ٤٠ سهماً .

فأى منطق يعطى لبنت الإبن المحرومة من الميراث أكثر من عمتها الوارثة إنه شىء غريب حقاً يثير فى النفوس الكراهية والأحقاد .

وفى بعض الصور نجد بنت البنت تأخذ أكثر من بنت الإبن الوارثة ، بل تأخذ أكثر من ابن الإبن . وذلك إذا توفى عن بنت ، وبنت ابن ، وابن ابن آخر وبنت بنت ، وترك ٩٠ فداناً فإذا فرضنا البنت الأخرى موجودة يكون الورثة فرضاً بنتين ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فيكون نصيب البنت الثلث تأخذه بنتها وهو ٣٠ فداناً ، والباقى وهو ٦٠ فداناً تأخذ البنت نصفه ومقداره ٣٠ فداناً ، ويبقى لابن الإبن وبنت الإبن ٣٠ فداناً يقسم بينهما بالتعصيب فيأخذ ابن الابن ٢٠ ف وتأخذ بنت الابن عشرة أفدنة ، فكيف يستساغ هذا ؟ !

إنه يجب تقييد مقدارها بحيث لا يأخذ صاحبها أكثر مما يرثه من هو أقرب منه إلى الميت كما قيده القانون بأقل من نصيب الأصل وثلث التركة حتى تزول تلك الحالات الشاذة ، ويصبح تشريعها متلائماً مع تشريع الميراث .

إننا لا نطالب تغيير نصيب قدره الشارع ، لأن الوصية الواجبة عند من يقول بها موكولة لما تطيب به نفس الموصى فى حدود المعروف ، وإنما قدرها واضعوا مشروع القانون باجتهادهم من غير أن يكون لهم سند واضح من نص شرعى ، أو قول فقيه من الفقهاء .

الفصل الثانى

فى

« مبطلات الوصية ، وحكم الزيادة فى الموصى به »

إذا وقعت الوصية مستوفية مقوماتها وشروطها كانت صحيحة غير لازمة — إذا لم تكن واجبة — يجوز لصاحبها أن يرجع عنها فى أى وقت شاء ، فإذا مات مصراً عليها ويوجد ما يبطلها ، وقبلها الموصى له نفذت وترتب عليها آثارها .

وقد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيلغيها ، ويسمى مبطلا ، ومبطلاتها كثيرة عرض لها القانون فى أكثر من عشر مواضع متفرقة (١) ، وهذا الإبطال يأتيها تارة من قبل الموصى ، وأخرى من قبل الموصى له ، وثالثة من ناحية الموصى به ، ولقد سبق الكلام على أكثر هذه المبطلات فى ثنايا البحوث السابقة . لذلك سنعرض لها هنا إجمالا ، ونفصل منها ما لم يسبق تفصيله .

أما مايبطلها من جهة الموصى له :

أولا : موته قبل موت الموصى فى الوصية بالأعيان أو المنافع سواء علم الموصى بموته أو لم يعلم (٢) ، لأن التمليك وقع له لا لغيره ، وبموته أصبح غير أهل للتملك فلا يصح صرفه لغيره ، وكذلك إذا مات بعد موت الموصى وقبل ابتداء مدة الانتفاع فى الوصية بالمنفعة — كما سبق بيانه .

(١) هذه المواد هى ٨ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٤ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٩

(٢) هذا رأى جمهور الفقهاء ، وذهب الحسن إلى أنها لا تبطل بموته بل تكون لورثته ، وفصل عطاء فقال : إن علم الموصى بموته ولم يحدث تغييراً كانت لورثة الموصى له راجع المغنى جـ٥ ص ٢١ .

ثانيا : إذا تعذر وجود الجهة الموصى لها فيما إذا كانت الوصية لجهة غير موجودة وستوجد فى المستقبل كما جاء بالمادة الثامنة (١) وتقدم توضيحه عند الكلام على الوصية للجهات .

ثالثا : قتل الموصى له الموصى قتلا عمداً عدواناً سواء كان قبل الوصية أو بعدها كما تقدم مفصلا عند الكلام على الوصية للقاتل .

رابعا : رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصى باتفاق الفقهاء ، وأما رده قبل موته فلا عبرة به عند جماهير الفقهاء ، فله أن يقبلها بعد وفاته ، وأما رده بعد قبوله فيبطلها عند الحنفية بشرط قبول الورثة أو أحدهم لهذا الرد ، وقد تقدم ذلك مشروحاً فى بحث القبول « المادة — ٢٤ » .

أما مايبطلها من جهة الموصى به فأمران :

أحدهما : هلاكه إذا كان معيناً بالذات أو بالنوع سواء كانت الوصية به كله أو بجزء شائع فيه .

فلو أوصى بسيارة معينة ، أو بجزء شائع فيها كنصفها مثلا ثم هلكت قبل قبول الموصى له بطلت الوصية ، سواء كان الهلاك قبل موت الموصى أو بعده لفوات محل الوصية ، ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاؤه بدون وجود محله أو بقائه ولو أوصى له بغنمه . أو بسهم شائع فيها كثلثها ، ثم هلكت الغنم قبل قبوله بغير سبب موجب للضمان بطلت الوصية ، فإن كان هلاكها بسبب موجب للضمان لا تبطل الوصية لانتقال حق الموصى له إلى البدل .

---

(١) ونصها « تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا فإن تعذر وجودها بطلت الوصية »

ثانيهما ثبوت استحقاقه لغير الموصى سواء كان ذلك قبل موت الموصى أو بعده قبل قبول الموصى له أو بعده ، لأنه تبين بهذا الاستحقاق أن الموصى أوصى بما ليس مملوكا له .

والبطلان فى هذين قد يكون كلياً إذا هلك الموصى به كله ، أو استحق كله ، وقد يكون جزئياً إذا كان الهلاك أو الاستحقاق لبعضه فقط . وقد قدمنا تفصيل ذلك[1]

و أما ما يبطلها من جهة الموصى :

فأولا : زوال أهليته بالجنون المطبق إذا اتصل به الموت ، لأن الوصية تصرف غير لازم يصح الرجوع عنه متى شاء ، وقد كان يمكنه الرجوع فى وصيته لو لا هذا الجنون المتصل ، فمراعاة لحقه أبطلت الوصية . ولأن شرط بقائها صحيحة موته مصرا عليها ، ومع هذا الجنون لا يتحقق إصراره عليها حتى الموت فتبطل ، والمراد بالجنون ما يشمل العته ، والمطبق ما يمكث شهراً .

فإذا اختل أحد الأمرين بأن لم يكن مطبقاً ، أو كان مطبقاً ولم يتصل به الموت لا تبطل الوصية ، أخذ القانون أحكام هذه الصورة من مذهبى الحنفية والمالكية [2] .

---

(١) راجع بحث أثر هلاك الموصى به أو استحقاقه فى الوصية عند شرح المواد — ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ، وكذلك المادة — ١٥ — تنص على أنه « تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا وهلك قبل قبول الموصى له »

(٢) يرى المالكية أن الجنون مطلقاً لا يبطل الوصية مطبقا كان أو غير مطبق اتصل به الموت أو لا ، ويوافقهم الحنابلة فى هذا الرأى لأن الوصية تعتمد فى صحتها على أهلية الموصى عند إنشائها وقد وجدت صحيحة فزوال الأهلية بعد ذلك لا يؤثر فيها كما لا يؤثر فى غيرها من التصرفات كالبيع والهبة والإجارة وغيرها فأخذ القانون بذلك فى الجنون غير المطبق والمطبق إذا لم يتصل به الموت .

ثانياً : إذا ارتد الرجل عن الإسلام بعد الوصية ومات وهو على ردته أو قتل ، أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل عند أبى حنيفة ، وعند صاحبيه لا تبطل ، ذلك لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ، فيلزم لبقائها صحيحة بقاء ملك الموصى لما أوصى به ، فإن زال ملكه قبل موته بطلت الوصية لعدم صلاحية محلها لحكمها فى هذه الحالة ، وعلى هذا يكون بقاء الوصية مرتبطاً بعدم زوال ملك الموصى . فمن يرى أن ملك المرتد يزول بالردة يحكم ببطلان الوصية . ومن يرى أنه لا يزول بها يقول بعدم بطلانها .

ومن هذا الوضع يبتدىء الخلاف بين الإمام وصاحبيه ثم ينتهى باختلافهم فى بطلان الوصية بالردة .

فأبو حنيفة يذهب إلى أن ردة الرجل موجبة لزوال ملكه عن أمواله لكنه زوال موقوف حتى يتقرر مصيره ، فإن عاد إلى الإسلام عاد ملكه إلى ما كان عليه قبلها وإن مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب تقرر زوال ملكه من حين الردة . فتبطل تصرفاته التى صدرت منه بعد الردة ، وتبطل وصيته السابقة عليها لعدم بقاء الموصى به على ملكه لحين الموت ، وهو وقت ابتداء ملك الموصى له .

وذهب الصاحبان إلى أن الردة لا تزيل ملك المرتد عن أمواله ، بل يبقى إلى أن يموت أو يقتل أو يلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقه ، وعلى هذا حكما بصحة تصرفاته التى صدرت منه بعد الردة ونفاذها ، لأنها تصرفات فيما يملك ملكاً حقيقياً . ولكن أبا يوسف يجعلها من تصرفات الصحيح من حيث أنها تنفذ من كل المال بينما يجعلها محمد بن الحسن كتصرفات المريض مرض الموت فلا تنفذ تبرعاته أو ما فى

---

(١) راجع المبسوط جـ ١٤ ص ١١٤ وما بعدها ، والبدائع جـ ٧ ص ١٣٦ وحواشى الدرر جـ ١ ص ٤٢٩ .

معناها إلا فى حدود ثلث أمواله .

وإذا كان ملك المرتد باقياً إلى أن يموت أو يقتل فلا معنى لإبطال وصيته التى صدرت منه حينما كان أهلا لها وبقى الموصى به على ملكه لم يخرج عنه إلى وقت موته ، وهو الوقت الذى يبتدىء منه ثبوت الموصى له .

وإذا كان الموصى امرأة ثم ارتدت بعد وصيتها فقد اتفق الإمام وصاحباه على عدم بطلان وصيتها لبقاء ملكها إلى أن تموت حيث لا تستحق القتل بردتها بخلاف الرجل الذى يستحق القتل بعد أن تكشف شبهته(١) .

وقانون الوصية لم يعرض لحكم ردة الموصى وأثرها فى وصيته ، بل إن النص الخاص بها حذف منه بعد أن كان فى مشروع القانون . بدليل ما جاء بالمذكرة التفسيرية عند الكلام عن المواد من ١٤ — ١٦ ، وعبارتها » ولكن إذا زالت الأهلية بالحجر عليه للسفه أو الغفلة أو ارتد فإن الوصية لاتبطل أخذاً بقول المالكية

---

(١) والتفريق بين الرجل والمرأة بعد الردة جاء من ناحية أن الرجل بإصراره على الردة صار محاربا ، وهو يستحق القتل جزاء على حرابته ، وأما المرأة فلا تستحق القتل للنهى عن قتل النساء والصغار ، وليس ذلك من جهة أن ردته أشد من ردتها وأن عدم قتلها رضا بما هى عليه ، لأنها تحبس حتى تتوب وترجع إلى الاسلام أو تموت ، فكلاهما استحق العقوبة ، غير أن عقوبة الرجل القتل ، وعقوبتها الحبس يدلنا على ذلك أن المرتدة لو دخلت فى اليهودية أو النصرانية لاتأخذ حكم اليهودية والنصرانية من صحة زواجها لمسلم أو لغيره ، فالمرتدة لايصح زواج المسلم منها بل ولا اليهودى ولا النصرانى .

يقول أبو يوسف فى كتابه « الرد على سير الأوزاعى » ص ١١٦

« والسنة فى المرتد مخالفة للسنة فى المشركين ، والحكم فيه مخالف للحكم فيهم » ألا ترى أن امرأة لوارتدت عن الإسلام إلى النصرانية فتزوجها مسلم لم يجز ذلك وكذلك لو تزوجها نصرانى لم يجز ذلك أيضا ، ولو تزوج مسلم نصرانية جاز ذلك »

فى الحجر وبقول الصاحبين فى الردة مادة — ١٦ —

ولعل الباعث على حذف هذا النص هو نفس الباعث الذى من أجله حذف النص على حكم ميراث المرتد من قانون الميراث وهو ما قيل حينذاك « إنه يتنافى مع ما نص عليه الدستور من أن حرية العقيدة مكفولة للجميع » .

وما جاء بتقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ بخصوص المادة - ٦ — من قانون المواريث من اعتذار رقيق عن حذف النص على حكم ميراث المرتد من تلك المادة هذا نصه « ولم تر اللجنة ضرورة للنص على حكم ميراث المرتد فى هذا المشروع اكتفاء بما أدلى به وزير العدل أمام مجلس النواب من عناية الحكومة بإعداد مشروع خاص بأحكامه ستقدمه إلى البرلمان ، ولأنه لا ضرر من ترك النص على أحكامه فى هذا المشروع ، فكل ما لم ينص على حكمه سيبقى خاضعاً لحكم المادة — ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية ويتبع فيه أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة » ولعل هذا الوعد كان يقصد به إعداد مشروع خاص بإهمال التشريع بخصوصه بدليل إهمال النص على حكم وصيته فى قانون الوصية الذى صدر بعد قانون المواريث بسنوات ! !

وإذا خلا القانون من حكم وصية المرتد يكون المتبع فيها هو الراجح من مذهب الحنفية كما تنص المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشار إليها حيث لا يزال العمل بها جارياً ولم تلغ فيما ألغى من المواد بقانون إلغاء المحاكم الشرعية — .

ثالثا : رجوعه عن وصيته .

لا خلاف بين الفقهاء — فيما أعلم — فى أن الوصية تصرف غير لازم فى حياة الموصى ، وأن له حق الرجوع عنها كلها أو بعضها فى أى وقت شاء ، لأنه لم يتعلق

بها حق للموصى له فى حياة الموصى ، فلا يترتب على الرجوع فيها إلحاق الضرر بأحد وليس للرجوع صيغة خاصة ، بل إنه يتحقق بكل ما يدل على إعراض الموصى عن وصيته سواء كان بطريق النص والتصريح ، أو بطريق الدلالة حسبما تفيده القرائن أو تعارفه الناس .

وهنا انقسم الرجوع إلى صريح وغير صريح [1] .

فالأول : ما كان بلفظ يفيد هذا المعنى نصاً مثل : رجعت عن وصيتى أو أبطلتها ، أو تركتها ، أو فسختها ، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو لورثتى ، أو ما شاكل ذلك .

والثانى : ما ليس كذلك . سواء كان بقول من الموصى كقوله : بعت هذا الشىء الموصى به ، أو وهبته أو تصدقت به ، أو بفعل كما لو أوصى بشاة لشخص ثم ذبحها ، أو بقطعة من منسوج ففصلها ثوباً ولبسه ، أو بمقدار من الغزل فنسجه أو بقطعة من الذهب أو الفضة فصاغها حلية .

والفقهاء مع اتفاقهم على تنوع الرجوع إلى صريح وغيره مختلفون فى الأفعال التى يتحقق بها الرجوع دلالة ما بين موسع ومضيق .

ففقهاء الحنفية وسعوا دائرته فقالوا : إنه يتحقق بكل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به ، أو يكون استهلاكا له ، أو يحدث فيه زيادة لا يمكن تسليمه بدونها او يكون خلطاً للموصى به بغيره بحيث يكون تمييزه متعذراً أو

---

(١) راجع الشرح الكبير للمالكية جـ ٤ ص ٤٢٨ وما بعدها ؛ وتحفة المحتاج للشافعية جـ ٦ ص ٧٦ وما بعدها ، والمغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٦ ص ٦٧ ومابعدها والحنفية كتاب البدائع جـ ٧ ص ٣٧٨ ، والزيلعى جـ ٦ ص ١٨٦ ورد المحتار جـ ٥ ص ٦٤٦ .

متعسراً كما يتحقق بتغير الموصى به حتى يزول اسمه ومعظم صفاته سواء كان هذا التغيير بفعل الموصى أو بلا فعل من أحد(١) .

ويوافقهم فى ذلك الشافعية والحنابلة ، بل إنهم توسعوا أكثر من الحنفية حيث جعلوا بعض التصرفات رجوعاً فى حين أن الحنفية لم ينصوا عليها . من ذلك . أن الموصى إذا عرض الموصى به للبيع أو أوصى ببيعه ولم يبع ، أو أوصى بهبته أو رهنه ولم يوهب ولم يرهن ،أو وكل شخصاً بشىء منها كان هذا رجوعا عن الوصية كما جاء فى تحفة المحتاج والمغنى .

والمالكية ضيقوا دائرته فقصروه على فعل الموصى الذى يكون استهلاكا للموصى له ، أو يغيره تغييراً تاماً ، أو تصرفه الذى يخرجه عن ملكه بشرط عدم رجوعه إليه مرة أخرى ولو بسبب جديد (٢) .

---

(١) التغير بلا صنع أحد هو الذى سماه صاحب البدائع رجوعا بطريق الضرورة ومثل له . بما لو أوصى بهذا العنب فصار زبيبا ، أو بهذا السنبل فصار حنطة ، وعلل ذلك بأن هذا التغيير الحادث فى حياة الموصى يجعل الموصى به شيئا آخر غير ما أوصى به مما يتعذر معه تنفيذ الوصية فيثبت الرجوع ضرورة فتبطل الوصية . قال ذلك بعد أن قسم الرجوع إلى ثلاثة أقسام - ١ رجوع قولى صريح - ٢ - رجوع فعلى أو دلالة - ٣ - رجوع ثابت بطريق الضرورة . ويوافق الحنفية فى الحكم ببطلان الوصية بهذا التغيير الحنابلة كما جاء فى المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٦٧ ففيه « وإذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصى مثل أن سقط الحب فى الأرض فصار زرعا أو انهدمت الدار فصارت فضاء فى حياة الموصى بطلت الوصية بها لأن الباقى لايتناوله الاسم ، وإن كان انهدام الدار لايزيل اسمها سلمت إليه دون ما انفصل منها لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ويتبع الدار فى الوصية ما يتبعها فى البيع » اهـ

(٢) جاء فى الشرح الكبير ج٤ ص٤٣٠ أن بيع الموصى به يبطل الوصية ، وفيه =

أما خلطه بغيره على أى وجـه ، أو فعل ما يوجب الزيادة فيه ، أو تغيره بنفسه [١] من غير صنع أحد فلا تبطل به الوصية عندهم ، ولعل تضييق المـالـكية هذا راجـع إلى أنهم توسعـوا أكثر من غيرهم فى طريقة إنشاء التـبرعات ومنها الوصية ، فجوزوها بالمعدوم وللمعدوم مطلقاً ، ولم يشترطوا فى صحتها القـدرة على تسليم محل العقد ، كما جعلوا الأصل فى تلك التبرعات عدم جواز الرجوع فيهـا ، ولما اضطروا إلى تجويزه فى الوصية لم ينسوا أصـولهم السابقة ، فاعتبروا الوصية بعد وجودها صحيحة قائمة حتى يوجد ما يدل على بطلانها دلالة قوية من قول صريح ، أو عرف صحيح ، أو قرينة واضحة .

والقانون بعد أن جعل جواز الرجوع عن الوصية أصلا فيها نحى منحى المذهب المالـكى فى التضييق والاحتياط كما صرحت به المادتان الثامنة عشرة والتاسعة عشرة

هذا عرض إجمالى لموقف الفقهاء من الرجوع عن الوصية ، ومنه يتبين أنهم متفقون فى مواضع ، ومختلفون فى أخرى .

أما الأول : فقد اتفقوا على أن الرجوع عن الوصية يتحقق بما يلى .

أولا : بالقول الصريح . كرجعت عن وصيتى ، أو ألغيتها وما شاكل ذلك من العبارات لعدم اللبس فى دلالته ، وبه أخذ القانون .

=إذا أوصى بشىء معين فباعه ثم اشتراه أو ملكه ولو بإرث له فلا تبطل وأخذه الموصى له .

(١) فهم يفرقون بين تغير الموصى به حتى يزول اسمه إذا كان بفعل الموصى وبين ما إذا كان بدون فعله فيجعلون الأول رجوعا دون الثانى بدليل تمثيلهم لما يكون رجوعا . بما إذا أوصى بفضة فصاغها أو بقماش ففصله ثوبا ولبسه أو بغزل فنسجه أو بزرع فحصده ودرسه وصفاه المرجع السابق ص ٤٢٩ .

ثانيا : بكل فعل يخرج الموصى به عن ملك الموصى [1] . كبيعه ، أو هبته، أو التصدق به، أو جعله مهراً أو بدلا فى الخلع أو الطلاق على مال من التصرفات الناقلة للملكية فى حياة المتصرف ، وبه أخذ القانون ، لأن إخراج الموصى ما أوصى به عن ملكه وقطع صلته به يدل فى عرف الناس على أنه قصد بذلك الرجوع عن وصيته وإبطالها .

لأننا لا نستطيع التوفيق بين التصرفين ، فالبيع مثلا يفيد تمليك المشترى العين المبيعة فى الحال ، والوصية تفيد تمليكها للموصى له بعد الوفاة ، فهذان تمليكان أحدهما ناجز ، والآخر مؤجل إلى ما بعد الموت ، وإذا تعذر التوفيق كان الثانى ناسخاً للأول ومبطلاله .

فمن هنا قرروا فيما إذا تصرف فى الموصى به بوصية أخرى لغير الموصى له أولا : أنه إذا لم يمكن التوفيق والجمع بين الوصيتين – كأن يقول فى وصيته الثانية : ما أوصيت به لمحمود هو وصية لإبراهيم – تبطل الوصية الأولى إذا كان الثانى ممن تصح الوصية له لأن المتأخر ينسخ المتقدم إذا تعذر الجمع بينهما فيكون الإيصاء الثانى رجوعاً عن الوصية الأولى ، والفقهاء يعدون هذه الصيغة من الرجوع الصريح كما سبق .

أما إذا كان الموصى له الثانى ممن لا تصح الوصية له بأن كان ميتاً مثلا فلا يكون ذلك رجوعاً عن الأولى ، وإذا لم يعد الوصية الأولى فى وصيته الثانية لا يكون رجوعاً عن الوصية الأولى فتبقى صحيحة لعدم التنافى ، وإمكان الجمع بينهما

(١) ولو عاد ذلك الشىء إلى ملكه مرة ثانية لا تعود الوصية الأولى سواء كان العود بسبب جديد أو بفسخ التصرف ، وخالف المالكية فقالوا بعود الوصية فى هذه الحالة كما نقلنا ذلك عنهم فيما سبق ، ولا أدرى لهم وجها فى ذلك .

بطريق تشريك الموصى لهما فيها .

والأصل فى الكلام إعماله متى أمكن ، وبهذا أخذ القانون أيضاً ، حيث جعل الفعل الذى يخرج الموصى به عن ملك الموصى رجوعا عن الوصية دلالة لا يحتاج إلى قرينة أخرى تدل على أنه أراد به الرجوع .

ثالثا : بكل فعل يعد استهلاكا للموصى به . كما إذا أوصى لآخر ببقرة ، ثم ذبحها ، فإن هذا العمل يدل دلالة قوية على الرجوع عن الوصية ، لأن البقرة بعد ذبحها لا تبقى عادة حتى يحين موعد تملك الموصى له ، فإقدام الموصى على هذا الفعل دليل على قصده إبطال الوصية .

وبهذا أخذ القانون ، وإن لم ينص عليه بخصوصه ولكنه ينطوى تحت الضابط العام المصرح به فى المادة الثامنة عشرة [1] .

وأما الفعل الذى يغير اسم الموصى به ويبدل معظم صفاته . كما إذا غزل القطن الموصى به ، أو نسج الغزل الموصى به ، أو فصل قطعة المنسوج الموصى بها ، فإنه يكون رجوعاً باتفاق المذاهب الأربعة كما نقلناه فيما سبق ، لأنه يكون إفناء للموصى به فى المعنى ، حيث تبدلت حقيقته وصارت فى عرف الناس شيئاً آخر . فيلحق بالنوع السابق فى عدم حاجته إلى دلالة شىء آخر من قرينة أو عرف .

ولكن القانون لم يجعل هذا الفعل رجوعاً إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أنه قصد به الرجوع عن الوصية .

ولعل ملحظ المشرع فى ذلك أن هذا الفعل فى حد ذاته لا يدل على أن الموصى

---

(١) ونصها « يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ، ويعتبر رجوعا عن الوصية كل تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل فعل أو تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به »

قصد الرجوع عن الوصية . لأنه كما يحتمل ذلك يحتمل أنه قصد إلى نفع الموصى له به ، فبدل أن يملكه غزلا أراد أن يملكه إياه منسوجاً زيادة فى نفعه . وإذا وجد هذا الاحتمال احتجنا إلى قرينة أخرى ترجح قصد الرجوع.

وكما اتفقوا على أن الرجوع يتحقق بالتصرفات السابقة اتفقوا على أن بعض التصرفات الأخرى لا تكون رجوعاً وهى :

أولا : التصرفات التى لا تخرج العين عن الملك : كإجارة العين الموصى بها أو إعارتها مثلا ، لعدم المنافاة بين هذه التصرفات وبين الوصية .

ثانيا : التصرفات فى أمر تابع للموصى به . كما إذا أوصى بدار فزاد أو نقص فى بنائها ، أو رمم جدرانها أو جصصها وزينها . أو أوصى بشاة فجز صوفها أو حلب لبنها .

أما الثانية : فقد اختلفوا فى بعض التصرفات فعدها بعضهم رجوعاً فى حين لم يعتبرها فريق آخر دالة على الرجوع إلا إذا وجدت معها قرينة أخرى تدل على أنه قصد بها الرجوع : وهى جحود الوصية . وخلطها بغيرها بحيث يتعذر تمييزها ، وإحداث زيادة بالعين الموصى بها لا يمكن تسليمها بدونها .

أما جحود الوصية . بمعنى إنكار حصولها فى الماضى . كأن يقول : أنا لم أوص بشىء . أو يقول عندما تعرض عليه وصيته : لا أعرف هذه الوصية ، أو لم تصدر منى . أو يقول أمام شهود : اشهدوا أنى لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير . فقد اختلف الفقهاء على رأيين منصوص عليهما فى مذهبى[1] الحنفية والحنابلة .

---

(١) راجع البدائع جـ٧ صـ ٣٨٠ ، والزيلعى جـ٦ صـ ١٨٧ . والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٨ ففيه إن جحد الوصية لم يكن رجوعاً فى أحد الوجهين وهو قول أبى حنيفة فى إحدى الروايتين لأنه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود . والثانى يكون رجوعا لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له .

الأول : أنه يعتبر رجوعاً عن الوصية فتبطل به ، لأنه نفى لها فى الماضى والحال فيكون أبلغ فى رفضها من الرجوع الذى هو نفى لها فى المستقبل فقط ، ولأنه يدل على عدم رضاه بإيصال الموصى به إلى الموصى له ، وهل الرجوع الصريح يفيد أكثر من ذلك ؟

الثانى : أنه لا يعتبر رجوعاً ، لأنه عقد كسائر العقود لا يبطل بالجحود والإنكار ، لأن حقيقة الجحود إنكار لوقوع الوصية فى الماضى ، ويلزمه إنكارها فى الحال والمستقبل ، وإنكار الوقوع فى الماضى كذب مخالف للواقع فيكون باطلا ، فيلغو ما هو فى لوازمه ، فتبقى الوصية كما هى صحيحة .

على أن حقيقة الجحود تغاير حقيقة الرجوع فلا ينوب أحدهما عن الآخر ، إذ الرجوع معناه اعتراف بحصول الوصية فى الماضى وإبطالها فى الحاضر والمستقبل ، والجحود إنكار لوجودها فى الماضى والحاضر والمستقبل ، فلو جعل الجحود رجوعا لدل على وجود الوصية وعدمها فى الماضى وهو تناقض .

هكذا وجه الفقهاء كلا من الرأيين ، وقد تكلفوا كثيراً فى توجيه الرأى الثانى ، لأن من قال : إن الجحود يعتبر رجوعاً لم يدع أن حقيقتهما واحدة حتى يقال له : إن حقيقتهما متغايرة ، وإنما يقصد أن هذا اللفظ يستعمل مجازاً فى الرجوع لما بينهما من العلاقة وهى دلالة كل منهما على النفى والإنكار ، وإن كان هذا فى الماضى والمستقبل ، وذاك فى المستقبل فقط ، واللفظ المجازى مستعمل فى غير ما وضع له ، ولا يراد منه عند هذا الاستعمال معناه الحقيقى حتى يقال : إنه لو دل لكان تناقضاً لدلالته على حصولها فى الماضى ، وعدم حصولها فيه .

ومنطق الموازنة بين الأدلة يقضى بترجيح الرأى الأول ، لأن الإنكار

لتوجود الوصية مطلقاً ينادى بأن صاحبها لا يريد تنفيذها ، فعبر عن مراده أبلغ تعبير ، ومع رجحان هذا الرأى من جهة الدليل لم يأخذ به القانون ، وأخذ بالرأى الآخر ، فلم يعتبره رجوعاً إلا إذا وجد ما يدل على أنه قصد به الرجوع من قرينة أو عرف .

والسبب فى عدول القانون عن هذا الرأى — على ما يظهر لى — أنه ضيق دائرة الرجوع فجعل ما اختلف الفقهاء فى كونه رجوعاً موكولا إلى دلالة القرينة أو العرف للاحتياط .

ولأنه من ناحية أخرى شرط فى سماع دعوى الرجوع القولى أن يكون ثابتاً بالكتابة بطريقة خاصة بينتها المادة الثانية منعاً للدعاوى الكاذبة واكتفى فى الرجوع الفعلى بثبوته بكافة طرق الإثبات الأخرى ، لأنها وقائع مادية تقل فيها شبهة الاختلاق والكذب ، فلو اعتبر مجرد الجحود رجوعاً عن الوصية من غير قرينة أخرى تدل عليه لفتح باباً أمام المنكرين للوصايا من الورثة الراغبين فى إبطالها يصعب سده ، لأن كل واحد لا يعدم أن يجد شهود زور يؤازرونه فى دعواه الباطلة .

وعندى أن المشروع لو جعله رجوعاً عن الوصية من غير حاجة إلى قرينة خارجية ، وشرط فى سماع دعوى الرجوع به وجود مسوغ كتابى يثبته كما شرط فى الرجوع القولى الصريح لكان أحسن وأحوط مما فعله .

وأما الفعل الذى يحدث بالموصى به زيادة يتعذر تسليمه بدونها

كما لو أوصى بدار فزاد فى بنائها ، أو أوصى بقطعة أرض فضم إليها قطعة أخرى وأقام عليها عمارة ، أو أوصى بثوب فصبغه ، أو غرس أشجاراً فى الأرض الموصى

بها — فقد اعتبره بعض الفقهاء رجوعا عن الوصية ، لأنه يتعذر معها تسليم الموصى به للموصى له عندما يحين وقت تملكه .

ومثله فى ذلك خلط الموصى به بغيره بحيث يتعذر تمييزه أو يتعسر ، كما لو أوصى بمقدار من القمح فخلطه بقمح آخر ، أو أوصى بعدد من غنمه معينا ثم خلطه ببقية أغنامه التى تشبهها .

فإقدام الموصى على هذا التصرف ظاهر فى قصده الرجوع عن الوصية وإبطالها ، لأن من يريد تنفيذ وصيته لا يضع العراقيل فى طريق وصول الموصى له إليها بخلطها بغيرها أو بإحداث زيادة تمنع من تسليمها وحدها .

وممن ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة .

وخالفهم المالكية ، فلم يعتبروا هذا التصرف رجوعا عن الوصية بدون قرينة خارجية تدل على أنه قصد به الرجوع . فإذا لم توجد قرينة ولا عرف يدل على ذلك لم تبطل الوصية ، ولعل ملحظهم فى هذا ما قدمناه من أنهم لا يشترطون لصحة التبرعات القدرة على التسليم .

ولأن هذه الأفعال لم تعدم الموصى به ، بل هو باق بعدها وإن كان مختلطا بغيره .

وقد أخذ القانون بهذا الرأى فلم يعتبر شيئا من ذلك رجوعا عن الوصية إلا إذا وجدت قرينة خارجية أو عرف يدل على أن الموصى قصد به الرجوع كما هو صريح المادة التاسعة عشرة (١)

---

(١) ونصها « لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به ، أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية »

هذا ولما لم يعتبر القانون إحداث الزيادة بالموصى به رجوعا عن الوصية، وكانت صورها عديدة خصها بمزيد من البيان فى خمس مواد من مواده بين فيها أنواعها وأحكامها.

وقبل أن نتكلم على أحكام الزيادة ننبه إلى أن القانون بعد اعتباره الرجوع عن الوصية بنوعيه الصريح والدلالى شرط فى سماع دعوى الرجوع القولى الصريح عند الإنكار بعد الوفاة : أن يكون ثابتاً بدليل كتابى يختلف تبعاً لتاريخ الوصية أو الرجوع عنها، ففى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ م يكفى وجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى، وأما الحوادث الواقعه من أول سنة ١٩١١ فلا بد من وجود ورقة رسمية، أو ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى المدعى رجوعه وعليها إمضاؤه. أو ورقة بالرجوع عليها إمضاء صاحب الوصية مصدقا عليه.

وقد قدمنا شرح ذلك، وبيان الحكمة من اشتراطه عند الكلام على ما شرطه القانون لسماع دعوى الوصية. أما الرجوع الفعلى الدلالى فلم يشترط فى سماع دعواه شيئاً، بل تركه لطرق الإثبات الأخرى، لأنها حوادث مادية ليس للتزوير فيها مجال.

الزيادة فى الموصى به

عرض القانون لزيادة الموصى به الناشئة عن فعل الموصى ، وفصل أحكامها فى الأرض والبناء والغراس فى المواد [1] من ٧١ — ٧٥ ، ومنها يعلم حكم الزيادة فى غيرها من المنقولات .

ومسلك القانون يتلخص فى أمور .

الأول : أن الزيادة تتنوع إلى نوعين . زيادة تتبع العين الموصى بها ، فتصير جزءاً من الوصية ، ولا توجب حقاً للورثة فى تلك العين ، وأخرى لا تتبع الوصية ، وتوجب الشركة بين الورثة والموصى له فى تلك العين وزيادتها .

---

(١) ونصها مادة ٧١ — إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية .

وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

مادة ٧٢ — إذ هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية .

وإن أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين .

مادة ٧٣ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها وضم الأرض إلى أرض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة فى جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤ — استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية ، ٧٢ فقرة ثانية ، ٧٣ ، إذا كان ما دفعه الموصى أو زاده فى العين يتسامح فى مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية . وكذلك تلحق الزيادة التى لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصى قصد إلحاقها بها .

مادة ٧٥ — إذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن تسليم الموصى به منفردا اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

فالأولى : هى التى لا يمكن فصلها أو لا يكون لها قيمة إذا انفصلت ، كدهن الجدران والأبواب ، وترميم المتداعى منها ، وتسميد الأرض مثلا ، وكذلك الزيادة التى لها قيمة بعد فصلها ولكن الناس يتساهلون فيها عادة ، كبناء حجرة فى سطح الدار الكبير ، أو فى فنائها ، وغرس شجرة أو أشجار قليلة فى حديقة كبيرة.

أو كان لها قيمة ولا يتساهل الناس فيها ولكن وجدت معها قرينة دالة على أن الموصى قصد إلحاقها بالوصية ، كما إذا هدم بناء الدار الموصى بها وأعاد بناءها على صورتها الأولى مما يعده العرف تجديداً للبناء الأول .

ففى هذه الصور تكون الزيادة مع العين الموصى بها وصية لا حق للورثة فيها.

الثانية : هى الزيادة التى يكون لها قيمة بعد فصلها ولا يتساهل الناس فيها . ولم توجد قرينة تدل على إلحاقها بالوصية . كما إذا بنى فى الأرض الموصى بها ، أو زاد طبقة فى بناء دار مكونة من طبقات ، أو غرس أشجاراً كثيرة فى أرض موصى بها . أو هدم بناء الدار وأعاده مما يوجب زيادة قيمتها .

وهذه الزيادة توجب الشركة بين الورثة والموصى له فيشترك الورثه بقيمة هذه الزيادة .

الثانى : أن ما كان تابعاً للعين الموصى بها من بناء أو أشجار إذا انفصل عنها فى عملية الزيادة تلغى تبعيته للوصية ، لأن التابع يكون تابعاً فى حالة اتصاله فقط . فإذا انفصل زالت تبعيته .

فإن كانت الوصية داراً وهدمها الموصى وجدد بناءها على شكل آخر فإن الشركة تثبت فى الدار الجديدة للورثة بقيمة البناء قائماً ، والموصى له بقيمة الأرض ، والأنقاض تكون للورثة ، لأنها خرجت عن الوصية بانفصالها بالهدم ، ومثل ذلك يقال فى الأشجار المقلوعة .

الثالث : أن إعادة البناء بعد هدمه إن كان عن الشكل الأول بحيث يعتبر فى العرف تجديداً للموصى به فلا تثبت به الشركة . وإن زاد فى قيمة الدار وغلتها ، وإن لم يكن أعاده للأول تثبت به الشركة .

الرابع : أن البناء والغراس فى الأرض الموصى بها لا يعتبر تعدياً من الموصى فتعتبر قيمته قائماً ، فإذا وقعت الشركة فى أرض عليها بناء جديد كان للموصى له نصيباً بقيمة الأرض ، وللورثة نصيباً بقيمة البناء قائماً .

وعلى ضوء هذه الأسس يمكن تخريج أحكام صور الزيادة المختلفة .

فإذا أوصى بدار فتصدع بناؤها فقام بترميم جدرانها وتجصيصها وتحسينها ثم مات فإن الدار تكون كلها وصية ولا حق للورثة فيها . لأن تلك الزيادة لا قيمة لها وحدها إذا أمكن فصلها ، والموصى حينما فعلها لم يقصد بها إلا إصلاح العين الموصى بها .

وإذا زاد بعد هذا الإصلاح طبقة أخرى من البناء كانت الدار شركة بين الموصى له بقيمة الأرض والبناء الأول ، والورثة بقيمة الطبقة الجديدة ، بأن تقوم الدار بدون هذه الطبقة ، ثم تقوم معها . والفرق بين القيمتين هو قيمة ما للورثة فتوزع الغلة بين الشركاء بنسبة ما لهم .

وإذا هدم هذا البناء ثم أعاده على شكله الأول مما يعده العرف تجديداً له كانت الدار للموصى له ، ولا شركة للورثة فيها . لأن البناء على هذه الصورة لا يقصد به تشريك الورثة ، لكن أنقاض البناء الأولى تكون لورثة الموصى لأن البناء كان تابعاً للأرض وهو قائم متصل بها ، فإذا انفصل بالهدم زالت تبعيته وخرج من الوصية ، وإذا أعاد البناء على شكل مغاير للشكل الأول بحيث لا يعد فى العرف تجديداً له كانت هذه الزيادة موجبة للشركة بين الورثة والموصى له ، للورثة نصيب بقدر قيمة البناء : وللموصى له بقدر قيمة الأرض لكن يشترط فى ثبوت

الشركة فى هذه الحالة وأمثالها عدم وجود قرينة تدل على أن الموصى قصد بهذا البناء إلحاقه بالوصية .

وإذا كانت الوصية بدار فهدم بناءها ، ثم ضم إلى أرضها أرضاً أخرى : وبنى على القطعتين داراً كبيرة . كانت الدار الجديدة شركة بين الموصى له والورثة . للموصى له بقدر قيمة الأرض الموصى له بها فقط ، وللورثة بقيمة الأرض الثانية مع قيمة البنـاء كله .

وإذا كان للموصى داران متجاورتان فأوصى بإحداها لشخص . ثم قام بعمارة فى الدارين بأن جعلهما دار واحدة بمرافق واحدة بحيث لا يمكن تسليم الموصى بها وحدها فإن الدار الجديدة تكون شركة للموصى له فيها بقدر قيمة وصيته . وللورثة بقدر قيمة العين الموروثة .

وكذلك يقال فى الغراس والوصية بالمنقول إذ أحدث فيه بعض الزيادات .

الخـــاتمة

فى

« تزاحم الوصايا »

قدمنا أن الوصية إذا زادت عن ثلث التركة توقف نفاذها فيما زاد على إجازة الورثة . إن أجازوها نفذت . وإن ردوها بطلت . وإن أجازها البعض وردهـا الآخرون نفذت فى حق من أجاز . وبطلت فى حق من لم يجز . فإن لم يكن للموصى وارث من الأشخاص نفذت فى جميع التركة من غير توقف . وأن الوصية التى أوجبها القانون مقدمة فى التنفيذ على الوصايا الاختيارية [1] .

---

(١) المراد بالوصايا الاختيارية التى تقدم عليها الوصية الواجبة ما أنشأها الموصى ولم تكن واجبة عليه بحكم القانون سواء كانت لجهة أو لأشخاص ، وسواء كانت بفرض أو واجب أو كانت تبرعاً . كما جاء بالمذكرة التفسيرية .

فإذا كان للشخص وصية واحدة من هذا النوع أخذ الموصى له وصيته كاملة إذا لم يكن للموصى ورثة ، أو كان له وأجازوها ، فإن لم يجيزوها أخذ منها ما يعادل ثلث التركة فقط .

وإذا كان له وصايا عديدة يتسع لها ثلث التركة ، أو التركة كلها عند إجازة الورثة أخذ كل واحد من الموصى لهم وصيته كامله لا فرق بين الوصية للقربات والوصية للأشخاص واجبة كانت أو اختيارية ، فإن ضاق الثلث أو كل المال فى الحالتين عن الوفاء بها كلها تزاحمت فيه حيث لا يمكن تنفيذها جميعها . فتزاحم الوصايا إذاً لا يكون إلا عند تعددها وضيق المال المخصص لتنفيذها عن الوفاء بها ، وهو يقتضى التشريك بينها لا تقدم واحدة منها على غيرها إلا إذا كانت وصية أوجبها القانون فإنها تستوفى أولا ، وما بقى بعدها تتزاحم فيه الوصايا الأخرى ، وتقديم الوصية الواجبة على هذا الوجه من صنع القانون ، فهو الذى أوجبها ، وأوجب تقديمها على جميع الوصايا الاختيارية كما صرحت به المادة — ٧٨ — .

فالتزاحم بين الوصايا يتنوع إلى نوعين . تزاحم فيه وصية واجبة ، وتزاحم ليس فيه ذلك بل جميع وصاياه من النوع الاختيارى .

فإذا كان بين الوصايا المتزاحمة وصية واجبة نفذت أولا ، فإذا استنفذت كل الثلث بطلت الوصايا الأخرى ، وإن بقى منه شىء تزاحمت فيه تلك الوصايا .

فإذا توفى شخص وترك ثلاثة أبناء ، وأولاد ابن توفى فى حياته ، وكان قد أوصى لهم بثلث ماله ، وأوصى لجهة خيرية بثلث المال أيضاً ، ولم يجز أبناؤه الوصية بما زاد على الثلث .

ففى هذا المثال نجد الموصى قد أوصى لأصحاب الوصية الواجبة بأكثر مما أوجبه لهم القانون ، لأنهم يستحقون مثل نصيب أبيهم بشرط عدم مجاوزته الثلث ،

ونصيب أبيهم فى هذه المسألة أقل من الثلث فتنحل وصيتهم إلى وصيتين إحداهما واجبة بمقدار ما كان يستحقه أصلهم لو كان حياً ، والثانية اختيارية ببقية الثلث ، وإذا أضفنا الوصية للجهة الخيرية إلى هاتين الوصيتين تجمعت معنا وصايا ثلاث تتزاحم فى الثلث حيث رد الورثة ما زاد عنه ، فتنفذ الوصية الواجبة أولا ، وما بقى من ثلث التركة يقسم بين الوصيتين الاختياريتين .

وطريقة استخراج الوصية الواجبة عرفناها فيما سبق ، وخلاصتها : أن نفرض أصل أصحاب الوصية الواجبة حياً ، ونقسم التركه على الورثة ومعهم هذا الشخص المفروض حياته ، فإذا عرفنا مقدار نصيبه وازناه بثلث التركة فإن كان مساوياً له أو أقل منه أعطى لأولاده ، وإن كان أكثر منه أعطى لهم مقدار الثلث فقط .

فإذا لاحظنا مع ذلك أن تقسيم التركة بين الورثة لا يكون إلا بعد إخراج الوصية ، لأنها مقدمة على الميراث وجب علينا عند وجود وصية اختيارية مع الوصية الواجبة أن نزيد خطوة أخرى تسبق تلك الخطوات السابقة ، وهى افتراض نفاذ الوصية الاختيارية فى هذه الحالة ، فنطرح مقدارها إذا كانت فى حدود التركة قبل تقسيمها .

لأننا لو لم نفعل ذلك وقسمناها ابتداء على الورثة بما فيهم أصل أصحاب الوصية الواجبة ، ثم أعطيناهم نصيب أصلهم للزم عليه أن يأخذوا أكثر من نصيب ذلك الأصل لو كان حياً ، لأنه لو كان موجوداً عند وفاة المورث لأخذ نصيبه بعد إخراج الوصية الاختيارية ، فقراراً من هذا المحظور يجب اتباع الخطوات الآتية لاستخراج مقدار الوصية الواجبة فى هذه الحالة .

١ — نطرح مقدار الوصية الاختياريه إذا كانت فى حدود الثلث من التركة أولا مفترضين نفاذها .

٢ — نفترض حياة أصل أصحاب الوصية الواجبة أبا كان أو أما .

٣ – تقسم التركة على الورثة ومعهم ذلك الأصل المفروض حياته لمعرفة مقدار نصيبه .

٤ – إذا عرفنا مقدار نصيبه ووجدناه أكثر من الثلث[1] كانت الوصية بمقدار الثلث فقط ،وإن كان مساوياً له أو أقل منه أعطى هذا النصيب لأولاده ، وما بقى من الثلث يعطى لأصحاب الوصايا الاختيارية .

ففي المثال السابق لو كانت التركة ٩٠ فداناً قسمنا ثلثها وهو ٣٠ فداناً على الوصايا الثلاثة ، تخرج منها الوصية الواجبة بأكلها ، وما بقى بعدها يقسم بين الوصيتين بنسبة سهامهما . ولبيان هذا نطرح أولا ثلث التركة وهو ٣٠ فداناً باعتباره مقدار الوصية الاختيارية النافذة ، ثم نفرض وجود الابن الميت ، ونقسم الباقى وهو ٦٠ فداناً على الأبناء الأربعة ، فيكون نصيب الابن المفروض حياته ١٥ فدانا ، وهو أقل من ثلث التركة ، فيعطى لأولاده على أنها وصية واجبة وبمقارنة مقدار هذه هذه الوصية بالتركة نجده مساوياً لسدسها ، فيكون الباقى للوصايا الاختيارية هو سدس التركة فقط ، فيقسم بين الوصيتين بنسبة $\frac{1}{6}$: $\frac{1}{3}$ أى بنسبة ١ : ٢ فيعطى لأولاد الإبن ٥ أفدنة أخرى وصية اختيارية ، ويعطى للجهة الخيرية ١٠ أفدنة ، فيكون توزيع الوصايا كالآتى :

١٥ فدانا لأولاد الابن وصية واجبة

٥ أفدنة » » » اختيارية

١٠ أفدنة للجهة الخيرية وصية اختيارية

فيكون المجموع ٣٠ فدانا

(١) المراد ثلث كل التركة لأنه الذى يخرج منه الوصية فى هذه الحالة .

والباقي وهو ٦٠ فدانا يكون ميراثا توزع بين الأبناء الثلاثة ، فيأخذ كل واحد منها ٢٠ فدانا .

أما تزاحم الوصايا الاختيارية : وحدها فلا يخلو. إما أن تكون هذه الوصايا كلها للعباد . كأن يوصى لكل من محمد ومحمود وإسماعيل وصية مستقلة بسهم من التركة ، أو بمبلغ من المال ، أو بعين منها لا يتسع لها ثلث التركة أو كلها .

وإما أن تكون كلها للقربات . كأن يوصى لكل من المسجد والمستشفى وفقراء بلده ، والحج عنه ، وما عليه من زكاة ببعض ماله . سواء عين لكل قربة منها مقداراً معينا ، أو سهما شائعا ، أو لم يعين شيئا من ذلك .

وإما أن يكون بعضها للعباد وبعضها الآخر للقربات . كأن يوصى بمقدار من المال للمسجد والحج عنه ، وما عليه من كفارات ، ولأولاد أخيه .

فإذا كانت الوصايا المتزاحمة كلها للعباد ، فإن كان التزاحم فى ثلث التركة قسم ذلك الثلث بين أرباب الوصايا بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم ، وإن كان فى التركة كلها قسمت التركة بينهم أيضاً بنسبة سهامهم . سواء أ كانت السهام معلومة من أصل الوصايا . كما لو أوصى لواحد بثلث ماله ، ولآخر بنصفه . ولثالث بثلثيه . أم كانت غير معلومة . كما لو أوصى لواحد بمائتى جنيه • ولآخر بدار معينة . ولثالث بمرتب خمسه جنيهات كل شهر طول حياته. ولربع بالانتفاع بأرض معينة مدة عشرين عاما . لأنها إذا لم تكن سهامها معلومة قدرت الوصايا بالطرق التى عرفناها فى تقدير الوصايا بالأعيان . والمنافع . والمرتبات . والنقود المرسلة . وبعد هذا التقدير تنسب كل وصية على حدة إلى التركة لتعرف نسبتها إليها فتؤول هذه الوصايا إلى وصايا بسهام مقدرة من التركة .

فلو تزاحم فى الثلث وصية بربع ماله . وأخرى بثلثه . وثالثة بنصفه . قسمنا

ثلث التركة بينها بالمحاصة بنسبة هذه السهام . فنستخرج المضاعف البسيط لمقام هذه الكسور . وهو فى هذا المثال ١٢ . ربعها ٣ وثلثها ٤ . ونصفها ٦ . فيكون مجموع سهام الوصايا ٣ + ٤ + ٦ = ١٣ تقسم عليها ثلث التركة .

ولو تزاحم فى كل التركة وصية بربع المال . وأخرى بنصفه . وثالثة بالمال كله قسمت التركة عليها بالمحاصة بنسبة ١ : ٢ : ٤ فيكون مجموع السهام ٧ تقسم التركة عليها . فيأخذ الأول منها $\frac{1}{7}$. والثانى $\frac{2}{7}$. والثالث $\frac{4}{7}$.

ويلاحظ هنا **أولا** : أنه إذا كانت إحدى هذه الوصايا بعين معينة أخذ الموصى له بها سهمه منها لا من غيرها ، لأن الموصى عين حقه فى تلك العين فلا تتجاوزها تنفيذاً لإرادته بقدر الإمكان . جاء بيان ذلك بالمادة الثمانين (١) .

ثانيا : إذا وجد بين الوصايا المتزاحمة وصية مؤقتة بمرتب لشخص أو لجهة ، ثم مات الشخص الموصى له كان نصيبه لورثة الموصى ، لأن الوصية بالمرتب تنتهى بموت صاحبها ، فينتقل مابقى من الوصية إلى ورثة الموصى ، وكذلك لو كانت الوصية بمرتب لجهة من جهات البر ، ثم انقطعت هذه الجهة قبل انتهاء مدة الوصية ، جاء بيان ذلك بالمادة الثانية والثمانين (١) .

ثالثا : أن الحكم بتقسيم الوصايا عند التزاحم بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم

---

(١) ونصها « إذا زادت الوصايا عن ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفى بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفى بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين إلا من هذه العين .

(٢) ونصها « إذا تزاحمت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبها لورثة الموصى » .

متفق عليـه بين الفقهاء عدا صورة واحدة ، وهى ما إذا كان التزاحم فى الثلث ، وكان بعض الوصايا بمفردها أكثر من الثلث ، ولم تـكن بشىء معين ، ولا بنقود مرسلة ، وامتنع الورثة عن إجازتها ، فقـد خالف فيها أبو حنيفـة فقال : إن الوصية التى تزيد على الثلث تنقص إلى الثلث ، وتصـير كأنها وردت كذلك من أول الأمر ثم يقع التزاحم والتقسيم بين الوصايا على هذا الأساس .

فلو أوصى لشخص بكل المـال ، ولآخر بنصفه ، ولثالث بثلثه ، ولم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بين هؤلاء الـثلاثة مثالثة ، فيأخذ كل واحد منـه ثلثه ، لأن الموصى له بالـكل جعـل كأنه موصى له بالثلث ، وألغيت الزيادة ، وكذلك الموصى له بالنصف .

ولو أوصى لواحد بنصف المـال ، ولآخر بسدسه ، ولم يجز الورثة قسم الثلث بينهما بنسبة الثلث إلى السدس ، أى بنسـبة ٢ : ١ ، فيأخذ الموصى له بالنصف ثلثى الثلث ، والموصى له بالسدس ثلثه . ووجهة الإمام فى ذلك . أن الوصية بمـا زاد على الثلث عند عدم إجازة الورثة تقع باطلة لعـدم إمكان تنفيـذها بحال من الأحوال . سواء أكانت وحدها أم مع غيرها .

وعلى هذا لا يعتبر عنـد التزاحم إلا الوصية بمـا يمكن تنفيذه فى الجـلة ، أى فى حالة الإنفراد .

وأما صاحباه ومعهم جمهور الفقهاء فقـد قالوا : إن تلك الوصية صـدرت بإرادة الموصى ، وقصـد بها أمرين ـ ١ ـ إستحقاق الموصى لهم جزءاً من حق الورثة ، وهو مازاد على الثلث ـ ٢ ـ التفضيل بين الموصى لهم فإذا تعـذر تحقيق الغرض الأول لعـدم إجازة الورثة فلا أقل من أن نعمـل على تحقيقه فى الشـطر الثانى ، وهو التفضيل بين الموصى لهم ، ولا شك فى أن هـذا أقرب إلى العـدل من الأول.

ولقد عدل القانون عن رأى أبي حنيفة بعد أن كان معمولا به فى المحاكم قبل العمل به باعتباره الرأى المفتى به فى المذهب الحنفى . عدل عنه وأخذ برأى صاحبيه ومن وافقهم لوضوحه وسهولة تطبيقه كما تقول المذكرة التفسيرية .

وإذا كانت الوصايا المتزاحمة كلها للقربات فلا يخلو إما أن تكون كلها من نوع واحد ، أو تكون من أنواع مختلفة ، فإن كانت من نوع واحد . كالوصايا بالفرائض من الحج والزكاة وفدية الصوم ، أو بالواجبات . كالأضحية وصدقة الفطر والنذور ، أو التطوع ، كالوصية بإنشاء مسجد ، أو التصدق على الفقراء مثلا .

وفى حالة الاتحاد يقسم الثلث أو التركة كلها بين الوصايا بالمحاصة بنسبة السهام إذا عين سهاماً ، كالثلث والربع لكل جهة ، أو عين مقداراً من المال لكل منهما كما سبق بيانه .

فإذا لم يعين سهاماً ولا مقادير فإنه يقسم بينها بالتساوى عملا برأى زفر [١] من الحنفية كما تقول المذكرة التفسيرية لاستواء تلك الجهات فى درجتها وسبب استحقاقها ، وعدم وجود مايدل على تفضيل بعضها على البعض الآخر .

---

(١) هناك رأيان آخران . أحدهما : إنه يقدم فى التنفيذ مابدأ به الموصى فى كلامه ، فإن فضل منه شىء صرف لما بعده ، وهكذا حتى ينتهى المقدار المخصص لتنفيذ الوصية وهو رواية عن الإمام وصاحبيه .

وثانيهما : أنه يقدم الأقوى فى القربة أو الثبوت . وهو رواية أخرى فى المذهب الحنفى . راجع البدائع جـ ٧ ص ٣٧١ . والرأى الثانى هو مشهور مذهب مالك أيضاً كما جاء فى المنتقى شرح الموطأ جـ ص ١٦٠ .

ففيه « قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة وغيرها لاينظر إلى ماقدمه الميت بالذكر فى كتاب وصيته وإنما يبدأ بالأوكد فالأوكد » .

وإنما أخذ القانون برأى زفر لسهولة تطبيقه ، ولأنه أقرب إلى تحقيق غرض الموصى الذى لو قصد تقديماً أو تفضيلا لبينه .

فلو أوصى بنصف ماله للحج عنه وما عليه من الزكاة ، ولم يجز الورثة مازاد على الثلث قسم الثلث بين الحج والزكاة مناصفة ، فيصرف نصفه للحج عنه ، ونصفه الآخر لما عليه من زكاة .

وإذا اختلفت درجاتها بأن كان بعضها فرائض ، وبعضها واجبات ، وبعضها تطوع ، وضاق ماتنفذ فيه الوصايا عن الوفاء بالكل ، ولم يكن الموصى رتب بينها قدمت الفرائض على الواجبات وما دونها ، فيقسم المال بينها بالتساوى إذا لم يكن فى كلام الموصى تحديد لكل جهة بسهم خاص أو بمقدار المعين ، فإذا استنفدت الفرائض المقدار كله بطلت الوصايا الأخرى ، وإن بقى من الفرائض شىء صرف لما بعده ، وهكذا .

جاء ذلك مصرحاً به فى المادة الحادية والثمانين (١) .

وإذا كانت الوصايا خليطاً من الوصايا بالقربات ، والوصايا للعباد ، فإن عين سهام هذه الوصايا ، أو مقاديرها قسم المال المخصص لتنفيذها بالمحاصة بنسبة هذه السهام .

وإن لم يعين لها سهاماً قسم بينها بالتساوى ، وبعد التقسيم يصرف مايخص وصايا العباد من المعينين لهم واحداً كان أو أكثر .

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ماتنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية فى الاستحقاق . وإن تفاوتت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات . والواجبات على النوافل » .

وما يخص الوصايا بالقربات يجمع ويصرف بينها بالطريقة السابقة . بمعنى أنه إذا اختلفت هذه الجهات . بأن كان بعضها فرضاً ، وبعضها واجباً ، أوتطوعا صرفت الوصايا للأقوى ثم الذى يليه .

فلو أوصى بنصف ماله للحج والزكاة وصدقة الفطر والتصدق على المحتاجين وشخص معين . ولم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بين هذه الوصايا أخماساً . فيأخذ الشخص المعين نصيبه . ثم تجمع الأخماس الأربعة التى جعلت للقربات . ويصرف منها أولا للفرائض . فإن بقى شىء صرف لما دونها من الواجبات . فإن لم يف ذلك المقدار بتنفيذ الفرائض مثلا قسم بينها بالتساوى . كما هو الأصل المقرر فى ذلك . والله وحده العليم بحقائق الأمور . بيده الخير وهو على كل شىء قدير .

قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦

باصدار قانون الوصية

نحن فاروق الأول ملك مصر

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه .

مادة ١ — يعمل فى المسائل والمنازعات المتعلقة بالوصية بالأحكام المرافقة لهذا القانون :

مادة ٢ — على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر فى الجريدة الرسمية ، وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بقصر المنتزه فى ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥ « ٢٤ يونية سنة ١٩٤٦ » .

فاروق

بأمر حضرة صاحب الجلالة
رئيس مجلس الوزراء
إسماعيل صدقى

وزير العدل
محمد كامل مرسى

أحكام الوصية

الباب الأول – أحكام عامة

الفصل الأول – تعريف الوصية ، وركنها ، وشرائطها

مادة ١ – الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

مادة ٢ – تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة .

لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنهما بعد وفاة الموصى فى الحوارث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاه الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية ، أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها .

٣ – يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع .

وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية .

مادة ٤ – مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به ، وإن كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته ما دامت المصلحة فيه قائمة ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه .

والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه أو منافياً لمقاصد الشريعة .

مادة ٥ — يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى .

مادة ٦ — يشترط فى الموصى له :

(١) أن يكون معلوماً .

(٢) أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً . فإن لم يكن معينا لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصى ، وذلك مع مراعاة ما نص علية فى المادة ٢٠ .

مادة ٧ — تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر وللمؤسسات العلمية والمصالح العامة وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شئونها ، ما لم يتعين المصرف بعرف أودلالة . وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير .

مادة ٨ — تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية .

مادة ٩ — تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعاً لبلد إسلامى والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى .

مادة ١٠ — يشترط فى الموصى به :

(١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى .

(٢) أن يكون متقوماً عند الموصى إن كان مالا .

(٣) أن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معيناً بالذات .

مادة ١١ — تصح الوصية بالخلو وبالحقوق التى تنتقل بالإرث : ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .

مادة ١٢ تصح الوصية بإقراض الموصى له قدراً معلوما من المال ، ولا تنفذ

فيما زاد من هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة :

مادة ١٣ — تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو بعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصى فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية .

مادة ١٤ — تبطل الوصية بجنون الموصى جنونا مطبقا إذا اتصل بالموت ، وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له إذا مات قبل موت الموصى .

مادة ١٥ — تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا وهلك قبل قبول الموصى له .

مادة ١٦ — لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة .

مادة ١٧ — يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

الفصل الثانى — الرجوع عن الوصية

مادة ١٨ — يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة.

ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به .

مادة ١٩ — لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

الفصل الثالث — قبول الوصية أو ردها

مادة ٢٠ — تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية

أو ردها من له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي.

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت من يمثلها قانونا ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول .

مادة ٢١ — إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه فى ذلك .

مادة ٢٢ — لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت . ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول .

مادة ٢٣ — إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر ، لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد ، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون لزمت بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا .

مادة ٢٤ — لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى .

فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد بطل رده .

مادة ٢٥ — إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت ، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد الموت .

وتكون زوائد الموصى به من حين الملك إلى القبول للموصى له، ولا تعتبر وصية وعلى الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة .

الباب الثانى أحكام الوصية

الفصل الأول — فى الموصى به

مادة ٢٦ — تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون ، فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته ، وعند اليأس من وجود أحـــد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكا لورثة الموصى .

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها ، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر . فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً ، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه .

مادة ٢٧ — إذا كانت الوصية لمن ذكروا فى المادة السابقة بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى كانت لورثة الموصى .

وإن وجد مستحق حين وفاة الموصى أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصى وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصى .

مادة ٢٨ — إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها . إلا إذا دلت عبارة الموصى أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد , ففى هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى الباقى لورثة الموصى ، وتقسم العين بين الموصى له وبين ورثة الموصى عند اليأس من وجود مستحق آخر :

مادة ٢٩ — إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين فلا تصح إلا للطبقتين الأولين ، فإذا كانت الوصيه مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة فى المادتين السابقتين .

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم

مادة ٣٠ — تصح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية ، دون التقييد بالتعميم أو المساواة .

ومن له تنفيذ الوصية هو الموصى المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك .

مادة ٣١ — إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى ، كان جميع ما أوصى به مستحقاً للآخرين مع مراعاة أحكام المواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ .

مادة ٣٢ — إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة أو بين جماعة وجهة أو بينهم جميعا كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به .

مادة ٣٣ — إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصى ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة .

مادة ٣٤ — إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به . إليهم ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية .

مادة ٣٥ — تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية :

(١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .

(٢) إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة.

وإذا كانت الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من من ذلك المعين .

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حيا فتكون له :

مادة ٣٦ — إذا جاءت الحامل فى وقت واحد أو فى وقتين بينهما أقل من ستة

أشهر بولدين حيين أو أكثر ، كانت الوصية بينهم بالتساوى إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك » .

وإن انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية .

وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين فى ورثته فى الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصى فى الوصية بالمنافع .

الفصل الثانى — الموصى به

مادة ٣٧ — تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازه الورثة وتصح بما زاد عن الثلث ، ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانه العامة .

مادة ٣٨ — تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية فى الباقى بعد وفاء الدين .

مادة ٣٩ — إذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقى من التركة بعد وفاة الدين .

مادة ٤٠ — إذا كانت الوصيه بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة .

مادة ٤١ — إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة ان كان الورثة متساوين فى الميراث ؛ وقدر نصيب أقلهم ميراثا زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين .

مادة ٤٢ — اذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة و نصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها . ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة اذا ضاق عن

الوصيتين ، وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة .

مادة ٤٣ — إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين وكان فى التركه دين أو مال غائب ، فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة لستحقه الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقى للورثة ، وكلما حضر شىء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفى حقه .

مادة ٤٣ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها ، وكلما حضر شىء استحق فيه .

مادة ٤٥ — اذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ويكون الباقى للورثة وكلما حضر شىء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم فيه على ألا يضر ذلك با لورثة فإن كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقى من سهمه فى هذا النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفى حقه . .

مادة ٤٦ — فى جميع الأحوال المبينة فى المواد السابقة اذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضراً .

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث فى الحاضر من التركة أو أقل . فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوى هذا النصيب مالا حاضراً .

وفى هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه فى المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين . فإن لم يؤده باعه القاضى ووفى الدين من ثمنه .

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنسا واحداً

مادة ٤٧ — إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى

به أو استحق فلا شيء للموصى له وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقى منه إن كان يخرج من ثلث التركة وإلا كان له فيه بقدر الثلث .

مادة ٤٨ — إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له . وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقى إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا إذا أخذ الباقى جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث .

مادة ٤٩ — إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته فى الباقى إن خرجت من ثلث المال وإلا أخذ منه بقدر الثلث .

وتكون الوصية بعدد شائع فى نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه .

الفصل الثالث — فى الوصية بالمنافع

مادة ٥٠ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة فى هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى اعتبرت الوصية كأن لم تكن وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة فى باقيها .

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصى .

مادة ٥١ — إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى .

وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى أو تضمينهم المنفعة .

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصى أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع .

مادة ٥٢ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأبيد

فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم .

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية .

مادة ٥٣ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين فى خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى أو فى خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد فى خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة فى المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر .

مادة ٥٤ — إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو نستغلها على الوجه الذى يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها .

مادة ٥٥ — إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى وما يستجد منها مستقبلا ما لم تدل قرينه على خلاف ذلك .

مادة ٥٦ — إذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بثمن معين أو بتأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث أو بغبن يسير نفذت الوصية .

وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع هذه الزيادة .

مادة ٥٧ — تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق أو بالتهايؤ زمانا أو مكانا أو بقسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر .

مادة ٥٨ — إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة .

مادة ٥٩ — تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى

بها كلها أو بعضها وبشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثه الموصى بعوض أو بغير عوض وباستحقاق العين .

مادة ٦٠ — يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له .

مادة ٦١ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له بالمنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى .

مادة ٦٢ — إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها .

فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة .

مادة ٦٣ — إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه .

الفصل الرابع — الوصية بالمرتبات

مادة ٦٥ — تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة .

فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفى غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة أو إلى أن تنتهى المدة أو يموت الموصى له .

مادة ٦٥ — إذا كانت الوصية بمرتب من غله التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية وإن زاد عليه ولم يجز الورثه الزيادة نفذ منها بقدر الثلث وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى .

مادة ٦٦ — إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المـــال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين فى المادة -٦٤- إن كانت الوصية بمرتب من رأس المـال ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين فى المـادة -٦٥- إن كانت الوصية بمرتب من الغلة .

فإذا مات الموصى له قبل المدة التى قدرها الأطباء كان البـاقى من الوصية لمن يستحقه من الورثه أو من أوصى له بعده . وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المده التى قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة .

مادة ٦٧ — إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفى بالمرتب وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصى .

ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به فى الغلة حتى تنتهى مدة الانتفاع فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفى لتنفيذ الوصية فى إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة .

فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنه فسنه أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصى .

مادة ٦٨ — إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصى ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة .

وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقه الجهة الموصى لهـا وإذا نقصت الغلة عن المرتب فليس لها الرجوع على ورثة الموصى .

مادة ٦٩ — فى الأحوال المبينة فى المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه بشرط أن يودعوا فى جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضى جميع المرتبات نقداً ويخصص المبلغ

المودع لتنفيذ الوصيه فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقى لورثة الموصى ويزول كل حق للموصى له فى التركة بالإيداع والتخصيص .

مادة ٧٠ — لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأولين من الموصى لهم وقت موت الموصى ويقدر الأطباء حياة الموجودين وتنفذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة فى الوصايا للمعينين .

الفصل الخامس — أحكام الزيادة فى الموصى به

مادة ٧١ — إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية .

وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

مادة — ٧٢ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية .

وإن أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين.

مادة ٧٣ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها وضم الأرض إلى أرض مملوكة وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة فى جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤ — استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية و٧٢ فقرة ثانيةو ٧٣ إذا كان ما دفعه الموصى أو زاده فى العين يتسامح فى مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التى لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصى قصد إلحاقها بها .

مادة ٧٥ — إذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن منها تسليم الموصى به منفرداً اشترك الموصى له مع الورثه بقدر قيمة وصيته .

الفصل السادس — الوصية الواجبة

مادة ٧٦ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

مادة ٧٧ — إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزياده وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله .

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه .

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث فإن ضاق عن ذلك فنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

مادة ٧٨ — الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا .

فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى وإلا فنه ومما أوصى به لغيرهم .

مادة ٧٩ — فى جميع الأحوال المبينة فى المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختياريه بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية .

الفصل السابع — فى تزاحم الوصايا

مادة ٨٠ — إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثه وكانت التركة لا تفى بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفى بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة . وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين .

ماده ٨١ — إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف ماتنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية فى الاستحقاق وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل .

مادة ٨٢ — إذا تزاحمت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبها لورثة الموصى .

القسم الثانى

فى الأوقاف

وقد رتبته على مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة

أما المقدمة ففى تاريخ الوقف والأدوار التى مر بها فى مصر إجمالا :

والباب الأول : فى انشاء الوقف « التعريف به وآراء الفقهاء فيه ، وأنواعه ومتى وجدت ، وبيان ركنه وما يتحقق به ، وما شرطه القانون فى ذلك .

والباب الثانى: فى شروطه فى نظر الفقهاء والقانون ، وما يتبع ذلك من بيان شروط الواقفين الواردة فى كتب أوقافهم .

والباب الثالث : فى أحكام الوقف من الرجوع عنه والتغيير فيه واستبداله ومال البدل وما يصنع به ، وطرق الانتفاع بالوقف والولاية عليه وعمارته .

والباب الرابع : فى انتهاء الأوقاف والتشريعات التى صدرت فى ذلك .

والخاتمة . فى بيان ما آلت إليه الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر نتيجة لتشريعات الاصلاح الزراعى .

المقدمة التاريخية

الوقف من التصرفات الجديدة فى الإسلام . فلم يكن العرب فى جاهليتهم يعرفون نظامه ، بل كانت لهم تصرفات تلتقى معه فى شبه بعيد . أنكرها القرآن عليهم فى شدة . « ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب وأكثرهم لا يعقلون » المائدة — ١٠٣ .

وفى هذا يقول الامام الشافعى رضى الله عنه : لم يحبس أهل الجاهلية — فيما علمت — وانما حبس أهل الاسلام.

عرفه المصريون من عصر الاسلام الأول . عصر الصحابة رضوان الله عليهم ، فأخبار أوقافهم تكاد تجمع على أن نفرا منهم غير قليل حبس ما ملكه فى مصر على أولادهم وعلى جهات البر . وسنذكر بعض هذه الآثار عند الكلام على تقسيم الوقف .

ويظهر أن نظام الوقف صادف هوى فى نفوس المصريين فتتابعوا فى حبس أموالهم على الذرية والخيرات حتى أصبح مألوفاً عندهم محببا إلى نفوسهم ،

عنى به قضاتهم فدونوا له الديوان الجامع لأوقاف الناس خشية ضياعها ،

وأول من فعل ذلك القاضى توبة بن نمر فى زمن هشام بن عبد الملك الأموى ، وكانت الأحباس قبله في يد أهلها أو فى يد أوصيائهم ، فلما ولى القضاء ونظر فى تلك الأوقاف وقال : ما أرى مرجع هذه الصدقات إلا الفقراء والمساكين ، فأرى أن أضع يدى عليها حفظا لها من التواء والتوارث ولم يمت حتى كانت ديوانا كبيرا فى سنة ١١٨ هـ .

استمر الأمر على ذلك وكلما تقدم الزمن زاد حب المصريين لها ، فاذا ما لاح لهم

خطر يهددها هبوا للدفاع عنها ورد العدوان عليها مهما كلفهم الأمر . وإذا منعوا من انشائها تحايلوا عليها بشتى الطرق

يدل لهذا ما فعلوه مع القاضى اسماعيل بن اليسع الحنفى الذى ولى قضاء مصر سنة ١٦٤هـ فى عهد الخليفة المهدى العباسى ، وكان يرى رأى أبى حنيفة من عدم لزوم الوقف وجواز رجوع الواقف عنه أو ابطاله بعد وفاته فشكوه إلى الخليفة موسطين أمامهم الليث بن سعد فى ذلك فعزله الخليفة.

جاء فى خطط المقريزى : قال ابن يونس : قدم اسماعيل بن اليسع قاضيا بعد ابن لهيعة وكان من خير قضاتنا غير أنه كان يذهب إلى قول أبى حنيفة ولم يكن أهل مصر يعرفون مذهب أبى حنيفة. وكان مذهبه أبطال الأحباس فثقل أمره على المصريين وشنوه

وقال ابن عبد الحكم : حدثنا أبى قال : كتب فيه الليث بن سعد إلى أمير المؤمنين يقول له يا أمير المؤمنين إنك وليتنا رجلا يكيد سنة رسول الله بين أظهرنا مع أننا ما علمنا عليه فى الدينار والدرهم إلا خيرا فكتب بعزلة فعزل فى سنة ١٦٧ هـ

وما حدث فى عهد محمد على عندما استفتى الشيخ محمد محمود الجزايرلى مفتى الحنفية بالاسكندرية فى أمر منع وقف الأماكن المملوكة لأهلها سداً لطريق الفساد الذى سلكه الناس حينذاك حيث اتخذوا الوقف طريقا لتحقيق أغراضهم الفاسدة من حرمان بعض الورثة فأفتاه بذلك .

لما حدث ذلك وصدر أمر بمنع انشاء الأوقاف تحايل الناس فوقفوا الكثير من أملاكهم بطرق شتى .

منها الاقرار بأن هذا الوقف تم قبل تاريخ المنع . أو اللجوء إلى محاكم أخرى خارجة عن البلاد .

وبعد ذلك أنشئت نظارة الأوقاف لتتولى شئونها كغيرها من شئون الدولة الأخرى .

ولما تغيرت النظارات إلى وزارات كان من نصيب الأوقاف وزارة خاصة أنشئت عام ١٩١٣ م .

فهذه الأمور وغيرها تدلنا على أن الوقف أصبح بعد معرفة المصريين له نظاما شائعا بينهم بل جزءا من كيانهم لا يطيب لهم عيش إلا معه .

ولكن سوء الادارة للأوقات وانحراف طائفة من الناس فى أوقافها والأحداث السياسية غيرت من نظر الناس إليها فتتابعت الشكايات طالبة التعديل أو الالغاء واستجاب ولاة الأمور لها فعدل من نظامه المعمول به غير مرة حتى انتهى به المطاف إلى وضعه الحاضر .

وإذا ما أردنا أن نؤرخ للوقف فى مصر ، والأدوار التى مر بها مع بيان مصدر أحكامه فى عصوره المختلفة ، وجهة الاختصاص التى تفصل فى منازعاته وجب علينا أن نقسم الزمن إلى فترات متمايزة تختص كل فترة منها بطابعها الخاص ، وعلى ضوء الأحداث التاريخية ، والتشريعات التى صدرت معها نستطيع أن نقسم حياة الوقف إلى فترات أربع .

الفترة الاولى : من أول الفتح الاسلامى إلى عام ١٨٨٣ م . وهو العام الذى أنشئت فيه المحاكم الأهلية .

الفترة الثانية : من عام ١٨٨٣م إلى عام ١٩٤٦ م . وهو العام الذى صدر فيه قانون الوقف رقم ٤٨

الفترة الثالثة : من عام ١٩٤٦ — إلى ١٩٥٢ م — وهو العام الذى قامت فيه الثورة المصرية الأخيرة :

الفترة الرابعة : من عام الثورة إلى الآن .

ففى الفترة الأولى كان الحكم للشريعة الإسلامية فى جميع المنازعات ، والقضاء فيها قضاء إسلامى ، ولقد كان القضاة يختارون أولا من المجتهدين ، يحكمون حسب اجتهادهم ، فلم يكن إذ ذاك مذهب معين ، أو قانون خاص يلزم به القضاة غير المنابع الأولى للفقه الإسلامى كتاب الله وسنة رسوله ، وما سبق من اتفاقات المجتهدين ، ثم استعمال الرأى إذا لم يكن شىء من ذلك :

ولما انتشر التقليد أصبح القضاة يولون من أتباع المذاهب ، والقضاء فى مصر أيام التقليد لم يستقر على مذهب معين أول الأمر ، بل مرة كان للشافعية ، وطورا للحنفية ، وآنا للشيعة حسب ميل الحكام والمذاهب التى يقلدونها ، وكثيراً ما يكون مزيجا من كل المذاهب ، فيكون لكل مذهب قاض يحكم به فى الجهة التى يولى فيها إلى أن آل الأمر للعثمانيين ، وكان مذهب أبى حنيفة هو المذهب الرسمى للدولة عندهم . فعملوا على قصر القضاء فى مصر على مذهب أبى حنيفة :

. ولقد كانت مسائل الأوقاف كلها من اختصاص القاضى الشرعى لا ينازعه فيها منازع رغم وجود محاكم مدنية كانت تسمى فى هذا الوقت بمحاكم الحقوق، ومجالس قضائية أخرى على أشكال عديدة (١) مختصة بالنظر فى كثير من الدعاوى .

---

(١) من هذه المجالس . مجلس أقلام الدعاوى ، ومجلس دعاوى البلد فى المدن الصغيرة والمجالس المركزية ، والمجالس الابتدائية فى عواصم المديريات : ومجالس الاستئناف : ومجالس الأحكام فى القاهرة : وغيرها : راجع كتاب تاريخ القضاء فى مصر :

فإذا ما طوينا الزمن ، وانتقلنا إلى **الفترة الثانية** التى تبدأ من عام ١٨٨٣ — وجدنا نوعا جديداً من المحاكم تشارك المحاكم الشرعية فى نظر مسائل الأوقاف فتقسم قضاياها إلى نوعين . نوع أبقى للمحاكم الشرعية ، وآخر جعل للمحاكم الأهلية كما فى المادة السادسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة فى يونية سنة ١٨٨٣ .

فقد فصلت هذه المادة المسائل التى لاتنظرها المحاكم الأهلية ، ومنها المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف

وهنا قام تنازع الاختصاص حول تفسير أصل الوقف ، ففسره القضاة الشرعيون بتفسير ، وفسره القضاة الأهليون بتفسير آخر ، واستمر ذلك الخلاف طويلا إلى أن صدر قانون القضاء رقم ١٤٧ لسنه ١٩٤٩ فبين فى مادته السادسة عشرة كل نوع بيانا واضحا لالبس فيه ولا خفاء .

ولما ألغيت المحاكم الشرعية بالقانون (١) رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ونقل اختصاصاتها إلى المحاكم الوطنية من أول يناير سنة ١٩٥٦ زال أصل التنازع وهو تعدد الجهات القضائية

ولقد كان الحكم فى مسائل الأوقاف فى هذه الفترة من الزمن بالراجح من مذهب الحنفية حيث لم يكن هناك قانون خاص بالوقف ، كما لم توجد فيها تقيدات قانونية إذا استثنينا حالتين .

---

(١) المادة -١٢- من هذا القانون تنص على أنه « تلغى المادة -١٦- من قانون نظام القضاء ، والمواد -١-٤، ١١-١٩، ٢٩-٥١، ٥٣-٩٧، ١٠٠-١٣٦، ١٣٨-١٧٨، ١٨٠-١٨٢، ٢٧٩-٢٢٨، ٢٤٢ ٢٤٨، ٣٥١، ٣٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

الحالة الأولى :

إن العقار لايصح وقفه قانونا من مالكه إلا إذا كان مسجلا ، فلو اشترى شخص عقاراً وقبل أن يسجله وقفه لايكون هذا الوقف صحيحا ، لأن العقار لاتنتقل ملكيته قانونا إلا بالتسجيل كما جاء فى المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ .

الحالة الثانية :

أنه لاتسمع دعوى الوقف أوشرط من شروطه عند الإنكار إلا إذا كان مسجلا بالمحكمة الشرعية كما جاء فى المادة ـ ١٣٧ ـ [1] من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٣١ الخاص بتنظيم المحاكم الشرعية ، فإنها منعت من سماع الدعوى المتعلقة بالوقف سواء كانت فى نفس الوقف أو فى شرط من شروطه إذا لم يكن مسجلا ولكنها لم تحتم تسجيله ، بل كل مافعلته أنها منعت القضاة من سماع الدعوى عند عدم تسجيله فى حالة الإنكار ، أما إذا كان المدعى عليه مقراً به فإن الدعوى تسمع ولو لم يكن مسجلا ، وهذا مأخوذ من قيد « عند الإنكار » ولو لم نقل ذلك لكان القيد لاغيا لافائدة فيه .

---

(١) ونصها « يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله أو الادخال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه إذا وجد بذلك إشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله «كالمبين فى المادة ٣٦٤ من هذه اللائحة » وكان مقيداً فى إحدى المحاكم المصرية وكذلك الحال فى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ماذكر ولايعتبر الإشهاد السابق حجة على الغير إلا إذا كان هو أو ملخصه مسجلا بالمحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة ـ ٣٧٣ ـ »

وفى الفترة الثالثة : صدر قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ينظم الوقف ، ويحل مشاكله ، فخرج العمل إلى ماوراء مذهب الحنيفة . إلى المذاهب الأخرى .

وقد سبق صدور هذا القانون صيحات وشكايات من الوقف الأهلى . كانت فى أول أمرها فردية . تظهر من حين لآخر ، ثم أخذت تتزايد وتتسع دائرتها إلى أن صبغت بصبغة شبه رسمية ، وكان ذلك حين نظر ميزانية وزارة الأوقاف لسنة ١٩٢٦ ، ولم تمض سنوات معدودة حتى استجابت الحكومة إلى هذه الشكايات وغيرها مما يتصل بنظام الأسرة .

ففى سنة ١٩٣٦ التمست وزارة العدل تأليف لجنة من كبار العلماء لوضع قانون ينظم أحوال الأسرة شخصية كانت أو مالية ، فوافق مجلس الوزراء على تكوين اللجنة فى ٥ ديسمبر من تلك السنة ، فألفت برياسة الأستاذ الأكبر وعضوية وكيل الوزارة وفضيلة رئيس المحكمة العليا الشرعية ، وفضيلة المفتى ، وبعض كبار رجال القانون والقضاء . وأساتذة الجامعة ، وفقهاء المذاهب الأخرى والمحامين .

وابتدأت اللجنة عملها ببحث قانون الميراث وأخرجته فى سنة ١٩٤٣ ، ولما جاء دور الوقف بحثت الشكايات وجميع الآراء والمقترحات التى وصلت إليها وإلى وزارة العدل ، وكان من هذه المقترحات ، اقتراح بالغاء الوقف بنوعيه ، وآخر بإلغاء الوقف الأهلى ، وثالث بإبقاء النوعين ، ومعالجة مواضع الشكوى .

بحثت اللجنة هذه الآراء ودرستها ورأت إن إلغاء الوقف الأهلى لا يحقق مصلحة الشاكين رغم أنه يضيع على غيرهم فائدة جليلة وهى حفظ ثروتهم من أن يضيعها سيئوا التصرف زيادة على مايصيب الثروة العقارية من الهزات التى تجر وراءها المشاكل والخصومات التى لاتنتهى كما جاء ذلك فى مستهل المذكرة التفسيرية لمشروع

القانون ، واستقر رأى اللجنة على الإبقاء على الوقف الأهلى وعمل قانون شامل لمسائل الأوقاف لايقتصر فيه على مذهب ابى حنيفة ، بل تستمد أحكامه من المذاهب الإسلامية كلها قانون يكفل إصلاح نظام الوقف وتخليصه من العيوب التى جاءت من تصرفات النظار وبعض لمتولين شئونه ، ولما سارت اللجنة شوطا فى عملها رأت أن عمل قانون شامل سيطول وقته . . إزاء ذلك وجدت أن من الخير التعجيل ببحث مواضع الشكوى وإعداد قانون خاص بها . .

وأخيراً تم ذلك المشروع وصدر به القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى ١٢ يونية . وفيه من التجديد ألوان كثيرة من أهمها .

١ — أنه شرط لصحة الوقف والتصرفات المتعلقة به أن يصدر به اشهاد رسمى أمام المحكمة المختصة « الشرعية حينذاك » .

٢ — أجاز للواقف الرجوع عن وقفه مادام حيا إلا فى وقف المسجد وما وقف عليه .

٣ — أجاز توقيت الوقف سواء أكان أهليا أم خيريا ماعدا وقف المسجد فإنه شرط فيه التأبيد .

٤ — جوز لغير المسلمين إنشاء الأوقاف على جهات البر مالم تكن محرمة فى شريعتهم وفى شريعة الإسلام معا .

٥ — قيد حرية الواقف فقصرها على مايعادل ثلث أمواله كما فى الوصية حماية لحق الورثة فى ثلثى التركة وإن كان ذلك لايظهر إلا بعد وفاة الواقف .

٦ — ألغى كثيرا من الشروط التعسفية التى كان الواقفون يشترطونها فى

أوقافهم وقصر حق اشتراط الشروط العشرة على الواقف بعد أن كانت تصح منه وممن يتولى النظر على الاوقاف . وغير ذلك من الاصلاحات .

وجاء فى آخر مذكرته التفسيرية مايلى .

« ومما يجب أن يلاحظ أن هذا القانون ليس شاملا لكل أحكام الوقف وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى الراجح من مذهب الامام أبى حنيفة طبقاً لأحكام المادة — ٢٨٠ — [1] من القانون المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر فى سنة ١٩٣١ ثم صدرت بعد ذلك عدة قوانين معدلة لهذا القانون .

ففى ٧ يوليه ١٩٤٧ صدر قانون رقم ٧٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة الحادية عشرة من ذلك القانون ، وكان نص تلك الفقرة قبل التعديل :

« ولايجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ولافيما وقف عليه » فصارت بعد التعديل « ولايجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ابتداء ولافيما وقف عليه ابتداء »

وفى ١٦ يوليه سنة ١٩٤٨ صدر قانون رقم — ١٣ — بإصدار القانون المدنى الجديد ، وفى هذا القانون تعرض لإيجار الوقف فى مواد سبع ، وهى المواد ٦٢٨ ، ٦٢٩ ، ٦٣٠ ، ٦٣١ ، ٦٣٢ ، ٦٣٣ ، ٦٣٤ بين فيها من الذى يملك تأجير الوقف ، ومن الذى يقبض الأجرة ، وهل يجوز للناظر أن يستأجر الوقف

---

(١) هذه المادة باقية لم تلغ فيما ألغى من المواد بالمادة ١٣ — من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية

أو يؤجره لأصوله وفروعه ، وهل يصح إجارة الوقف بغبن فاحش ومدة الإجارة التى يجوز التأجير فيها . . الخ .

وفى الفترة الرابعة من قيام الثورة إلى الآن :

قامت الثورة فى يونيه سنة ١٩٥٢ وكان فى طليعة أعمالها تعديل قانون الوقف ونظامه لارتباط ذلك بأوجه الإصلاح الأخرى .

ففى ٢ أغسطس سنة ١٩٥٢ أى بعد قيام الثورة بأيام صدر مرسوم بقانون رقم ١٢٤ (١) بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وهو مكون من مادة واحدة ونصها : « تلغى المادة - ٦١ - (٢) من القانون رقم ٤٨ لسنة ٢٩٤٦ » .

وكانت هذه المادة استثنت أوقاف الملك ، والأوقاف التى يديرها ديوان الأوقاف الملكية أو يكون له حق النظر عليها من أن تطبق عليها أحكام سبع وعشرين مادة من مواد قانون الوقف .

وفى ١٤ سبتمبر من نفس السنة صدر مرسوم بقانون رقم ١٨٠ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، وهو مكون من عشر مواد . (٣) نص فى

---

(١) الوقائع فى ٧ أغسطس سنة ١٩٥٢ العدد ١٢٠

(٢) نص هذه المادة الملغاة « لاتطبق أحكام المواد - ١٢- ١٥ - ١٩ - ٢٢ - ٢٣ - ٢٤-٢٥-٢٧ - ٣٠-٣٢ - ٣٣ -٣٤ - ٣٥ - ٤٠ - ٤١ -٤٢ - والمواد من ٤٥ لغاية ٥٥ على الأوقاف التى صدر أو تصدر من الملك . وكذلك لاتسرى هذه المواد على الأوقاف التى يديرها ديوان الأوقاف الملكية أو يكون له حق النظر عليها سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أم بعده » (٣) الوقائع فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ العدد ١٣٢ مكرر

مادته الأولى على عدم جواز إنشاء الوقف على غير الخيرات ، وفى الثانية على أن كل وقف لا يكون مصرفه الآن جهة بر يعتبر منتهياً ماعدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات الخيرات أو المرتبات الدائمة التى شرطها الواقف فى وقفه .

ثم يبين بعد ذلك أن الوقف المنتهى يعود إلى ملك الواقف إن كان حياً وكان له حق الرجوع فيه ، أو يملكه المستحق إن لم يكن الواقف حياً ، أو كان حيا وليس له حق الرجوع فى وقفه كما هو مفصل فى المادتين الثالثة والرابعة ، وبقية المواد لبيان إنهاء الأحكام المرتبة على أرض موقوفة ، ووجوب شهر الوقف المنتهى من مالكه طبقاً للمادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى ، وبعض أحكام وقتية أخرى كجواز السير فى الدعاوى المتعلقة بهذا الوقف المنتهى التى رفعت قبل صدور هذا القانون .

والذى يقرأ المذكرة الإيضاحية لهذا القانون يقف على الباعث على إصداره وهو ينحصر فى سببين رئيسيين .

الأول : إمكان تطبيق قانون الإصلاح الزراعى على الأراضى الزراعية الموقوفة التى هى بحكم الواقع لاتختلف عن الأراضى الزراعية المملوكة .

الثانى : إطلاق الأموال المحبوسة لتصبح عنصراً من عناصر التداول والاستثمار فى العهد الجديد ، فتنتفع بذلك الأيدى العاملة فى الزراعة والصناعة والتجارة لأن نظام الوقف لايتفق مع تطور الأحوال الاقتصادية فى هذه الأيام . .

ثم توالت القوانين المعدلة لهذا القانون والمتممة له .

ففى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ صدر مرسوم بقانون رقم ٣٤٢ (١) بتعديل بعض

(١) الوقائع العدد ١٦٢ مكرر سنة ١٩٥٢

أحكامه ، ونص فيه على أنه يعمل به من تاريخ نفاذ المرســــوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

ثم عدل مرة أخرى بالقانون رقم ٢٩٩[١] لسنة ١٩٥٣ الذى أضاف فقرة جديدة إلى مادته الثامنة .

وفى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ صدر قانون رقم ٢٤٧ مكون من سبع مواد بشأن النظر على الأوقاف الخيرية ، وتعديل مصارفها على جهات البر .

وفى ١٢ نوفمبر من نفس السنة صدر قانون رقم ٥٤٧ مـكون من أربع مواد بتعديل بعض أحكام القانون السابق .

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ بشأن إنهاء حق الحـكر على الأعيان الموقوفة وهو مكون من مادتين .

ثم تلاه القانون رقم ٦٥٧ لنفس السنة بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن ايجارات الأماكن وتنظيم العـــلاقات بين المؤجرين والمستأجرين .

ثم صدرت قوانين أخرى كثيرة أهمها القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ بتنظيم استبدال الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر مكون من سبع مواد [٢] ، جاء بعده القانونان رقم ١ ، [٣] ، ٥١ لسنة ١٩٥٨ لتعديل بعض مواده [٤]

---

(١) الوقائع فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٥٣ العدد ٦٦ مكرر

(٢) الوقائع فى ١٣ يوليه سنة ١٩٥٧ العدد ٥٣ مكرر

(٣) الوقائع فى ٢١ يناير سنة ١٩٥٨ العدد مكرر

(٤) الجريدة الرسمية ٥ يونيه سنة ١٩٥٨ العدد ١٣

والقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠ كذلك معدلا بعض مواده (١)

وفى ٩ فبراير سنة ١٩٦٠ صدر قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠ (٢) يفك بعض القيود التى جاءت فى القوانين السابقة بشأن انشاء الأوقاف على جهات البر .

فأجاز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات ويشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته .

وفى أول مارس سنة ١٩٦٠ صدر القانون رقم ٥٥ بقسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف وهو مكون من عشرين مادة (٣)

وتلاه القانون رقم ٥٦ بشأن تسليم الأعيان التى انتهى فيها الوقف فى ثلاث مواد (٤) .

وهكذا كثرت التشريعات المتعلقة بالوقف تغييرا وتعديلا لتتناسق التشريعات مع بعضها فى جمهوريتنا العربية .

وبعد هذا العرض نستطيع أن نقول إن المعمول به الآن من أحكام الوقف هى أحكام الوقف الخيرى ، وبعض اثار من بقايا الوقف الأهلى ، وهى أحكام تصفية تركته التى تخلفت عن إلغائه ومن هنا تكون مصادر أحكام الوقف التى يرجع إليها الآن هى .

١ — قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ .

٢ — قانون إلغاء الوقف على غير الخيرات رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ والقوانين المعدلة له والقوانين التى صدرت بعده إلى الان .

---

(١) الجريدة الرسمية ٩ أبريل سنة ١٩٦٠ العدد ٨٠.

(٢) الجريدة الرسمية فى ١٦ فبراير سنة ١٩٦٠ العدد ٤٠ .

(٣:٤) الجريدة الرسمية ٨ مارس سنة ١٩٦٠ العدد ٥٧

٣ — الراجح من مذهب الحنفية فى المسائل التى لم تعرض لها تلك القوانين السابقة . ذلك لأن قانون الوقف الأول لم يكن قانونا شاملا لكل أحكام الوقف بل جاء علاجا لبعض مسائله التى عمت بها الشكوى حينذاك وأحال القضاة فيما لم يعرض له من مسائل على الراجح من مذهب الحنفية . كما هو الشأن العام فى المسائل الشرعية المعمول بها التى لم يصدر فيها تقنين خاص كما جاء فى المادة ٢٨٠ (١) من لائحة المحاكم الشرعية . وهى من المواد التى لم تلغ بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الصادر بالغاء المحاكم الشرعية .

وإذا كان قانون الوقف لم يقتصر على مذهب الحنفيه، بل أخذ ما هو أيسر وأصلح من غيره من المذاهب فسنعرض فى أثنـــــاء البحث لتلك المذاهب مع مذهب الحنفية لنبين سند القانون منها ، وأسباب عدوله عما كان معمولا به من قبل .

وعلى الله قصد السبيل ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

(١) ونصها : « تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لهذه القواعد » :

الباب الأول

فى انشاء الوقف — وفيه فصلان

الفصل الأول — وفيه مبحثان

المبحث الأول فى التعريف به وآراء الفقهاء فيه

الوقف فى لغة العرب مصدر وقف، وهو يدل على كثير من المعانى. منها الحبس والمنع. تقول : وقفت الدابة أو السيارة إذا حبستها ومنعتها عن السير، كما تقول: وقفت عن السير إذا منعت نفسك عنه، ومنها الاطلاع، تقول وقف على معنى كذا أى اطلع عليه، ووقفته على ذنبه، وعلى سوء صنيعه أى أطلعته عليه.

فالفعل ثلاثى يستعمل لازماً ومتعدياً، وأما أوقف فلم يوجد منها فى اللغة إلا حرف واحد فى فصيح الكلام، وهو أوقفت عن الأمر الذى كنت فيه أى أقلعت عنه، واستعماله فى حبس المال كأن تقول : أوقفت هذه الأرض مثلا شاذ، أو لغة رديئة كما يقول أصحاب المعاجم (١).

ثم اشتهر إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول فتقول هذا العقار وقف . أى

---

(١) راجع القاموس المحيط والمختار : وأساس البلاغة للزمخشرى : وفى الأخير تفصيل للمعانى الحقيقية والمجازية كعادته فقال فى ص ٥٢٣ جـ ٢ : ومن المجاز وقفته على ذنبه وعلى سوء صنيعه : ووقف على المعنى أحاط به : ووقفت الحديث توقيفا بينته : ووقف أرضه على ولده :

أى موقوف ، ومن هنا جمع على أوقاف ووقوف ، . لأن المصـــدر لايثنى ولا يجمـع .

وأما معناه فى اصطلاح الفقهاء فمختلف فيه تبعاً لاختلاف حقيقته فى نظرهم .

ولقد كان معروفا فى صـدر الإسلام باسم الحبس (١) والصدقة والمصدر التحبيس ، وبه جاء الحديث « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمرتها » .

والفقهاء متفقون على أن الوقف مستحب شرعا مندوب إليه ، وأن ثمرة المال الموقوف وغلته تصبح صدقة على الموقوف عليهم يملكونها بالقبض إذا كانوا أشخاصاً » ويستحقونها إذا كانوا غير ذلك كجهات البر ، ولكنهم اختلفوا فى لزوم الوقف بعد صدوره . بمعنى أنه لايصح للواقف الرجوع عنه . والقائلون باللزوم اختلفوا فى خروج المـال الموقوف من ملك الواقف ، والذين ذهبوا إلى خروجه مختلفون فى دخوله فى ملك للموقوف عليهم أو بقائه بلا مالك .

خلاف متشعب الأطراف يخرج منه الفقهاء بمذاهب أربعة .

المذهب الأول : للامام أبى حنيفة . وهو أن الوقف لايخرج المال الموقوف عن ملك واقفه ، بل يبقى فى ملكه يجوز له التصرف فيه بكل أنواع التصرفات وإذا مات كان ميراثاً لورثته ، وكل مايترتب على الوقف هو التبرع بالمنفعة ،

---

(١) وفى كتب المالكية يسمون الوقف بالحبس بضم الحاء وسكون الباء ويجعلون عنوانه باب الحبس راجع شرح رسالة ابن أبى زيد للنفراوى ج ٣ ص ٣٠

وعلى هذا يكون الوقف عنده غير لازم إلا فى بعض صور[1] مستثناة .

ومن هنا عرفوه على مذهبه .

« بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر فى الحال أو فى المآل » .

فإذا وقف شخص بعض ماله على مسجد أو مصحة ابتداء كان متصدقاً به فى الحال ، وإذا وقف أرضه على شخص أو أشخاص سواء كانوا أقارب أو لا ثم من بعدهم على جهة بر كان متصدقاً بها فى المآل .

(١) هذه الصور عدها الفقهاء ثلاثة .

الأولى : أن يحكم بلزومه حاكم يذهب إلى اللزوم بعد أن يقع نزاع بين الواقف ومتولى شئون الوقف أو المستحقين فيظهر الواقف الرجوع عنه باعتباره غير لازم ويطلب من المتولى تسليم العين الموقوفة فيعارضه المتولى بأن الوقف لازم ولا يصح الرجوع فيه ويرفع دعوى أمام قاض يرى لزوم الوقف فيحكم باللزوم وخروج المال الموقوف من ملكه . فإذا فعل ذلك لزم الوقف وامتنع الرجوع لما يترتب عليه من إبطال حكم صحيح واجب التنفيذ . وهذه الصورة لاوجود لها الآن لاتحادالقضاء .

الثانية : أن يخرج الواقف وقفه مخرج الوصية بأن يعلقه على موته فيقول : إذا مت فأرضى هذه صدقة موقوفة على مسجد البلدة أو فقرائها مثلا ، أو يضيفه إليه كأن يقول : أرضى هذه وقف بعد موتى . فيأخذ حكم الوصية — ويلزم الورثة إذا مات الواقف مصراً عليه .

والثالثة : أن يجعل أرضه مسجداً بأن يبنيه ويأذن الناس بالصلاة فيه ، فإذافعل ذلك لزم ولا يجوز له الرجوع فيه فى حياته ولا لورثته بعد موته .

وأنت ترى أن اللزوم فى هذه الصور لم يكن من نفس الوقف بل من أمر آخر وراءه .

وعلى هذا المذهب لا يكون للوقف أثر فى العين الموقوفة لبقاء[1] حرية تصرفه فيها طول حياته ، وإرثها بعد موته كسائر أمواله الأخرى ، وإنما أثره يظهر فى منفعة المال وغلته فيجعلها صدقة على الموقوف عليه فى الحال أو فى المآل كما بيناه .

وإذا كان الوقف لا يفيد إلا التبرع بالمنفعة تبرعاً غير لازم كان بمنزلة العارية ، فإنها تبرع بمنفعة المال مع بقاء عينه مملوكة للمعير يصح له التصرف فيها بكافة أنواع التصرف ، والتبرع فيها غير لازم ، لأنه يجوز له الرجوع عنه فى أى وقت شاء .

وإنما كان بمنزلة العارية لأنه تبرع بالمنفعة تبرعاً غير لازم كما بينا ، ولم يكن عارية حقيقة لأن العين فى العارية تسلم إلى المستعير وهو المنتفع ، ولا تتم الإعارة إلا بهذا التسليم ، أما الوقف فإنه يتم بدون التسليم إلى أحد حيث يجوز بقاء العين الموقوفة فى يد الواقف ليدير شئونها . ولو سلمت إلى من يتولى شئونها فليس هو المستوفى لمنافع الوقف غالباً .

المذهب الثانى للمالكية :[2] وهو أن الوقف لا يخرج العين الموقوفة عن ملك الواقف بل تبقى على ملكه ، لكنه يمنعه من التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية ، ويلزمه بالتصدق بمنفعتها لا يجوز له الرجوع فيه .

فإذا تم الوقف يمنع الواقف وغيره من التصرف فى العين الموقوفة بما يفيد تمليكها لغيره مطلقاً بعوض أو بغير عوض ، ويلزم بالتصدق بالمنفعة مع بقاء العين على ملكه .

---

(١) من أجل ذلك قيل : إن قولهم فى تعريفه على مذهبه : هو حبس العين لا معنى له لأنه يملك إخراجها عن ملكه فى أى وقت فلا حبس .

(٢) وهو رواية عن أحمد بن حنبل كما يقول ابن قدامة فى المغنى جـ ٥ ص ٥٤٦ .

وعلى هذا يعرف[١] الوقف : بأنه حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعها على جهة من جهات البر .

المذهب الثالث : لأبي يوسف ومحمد والشافعي وأحمد بن حنبل في أحد قوليهما .

وأصحاب هذا المذهب يرون أن الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه بعد تمام الوقف ، ويمنعه من التصرف في العين الموقوفة تصرف الملاك بتمليكها لغيره بعوض أو بغير عوض ، وإذا مات لا يورث عنه ، كما يجعل منفعته صدقة لازمة للموقوف عليهم لا يملك الواقف منعها عنهم . فإذا فعل أجبره القاضي على الدفع إليهم متى ثبت استحقاقهم .

وعلى هذا يعرف الوقف بأنه : حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء . كما بيناه في التعريف السابق .

وقيل هو حبس العين على ملك الله تعالى الخ من غير زيادة لفظ « حكم »[٢] .

(١) عرفه النفراوي في شرح رسالة ابن أبي زيد ج ٢ ص ٣٠ ، بأنه ما أعطيت منفعته على غير وجه العارية ولا العمرى بل على وجه الوقفية .

(٢) وبعض الفقهاء كالمولى عبد الحليم في حواشيه على الدرر يستحسن العبارة الأولى معللا ذلك . بأن زيادة لفظ حكم تشير إلى أن المخلوقات بأثرها محبوسة على ملك الله دائماً بحيث لا يكون للمخلوق فيه تصرف سوى المنفعة . وتوضيح ذلك : أن الأموال وجميع الأشياء كانت في الأصل مملوكة لله ، وليس للإنسان ملك فيها ، والله سبحانه تفضل بها علينا لننتفع بها مصداقاً لقوله تعالى : « خلق لكم ما في الأرض جميعاً » ، الانتفاع بها مباح لجميع الناس حتى يوجد اختصاص وحيازة ، وهنا تصبح ملكا لمن حازها . على معنى أنه ملك الانتفاع بها بكافة وجوهه لا يشاركه فيه غيره وإذا ملك الانتفاع كان له أن يملكه لغيره ، فإذا وقف الإنسان ما له على جهة من =

المذهب الرابع :

وهو يتفق مع المذهب الثالث فى أنه يفيد إخراج العين الموقوفة عن ملك الواقف مع منعه من التصرفات الناقلة للملكية وجعل الثمرة والغلة صدقة لازمة على الجهة الموقوف عليها ، ولكنه يزيد عليه أن العين الموقوفة بعد خروجها من ملك الواقف تدخل فى ملك الموقوف عليهم إلا أن هذا الملك لا يبيح لهم التصرف فيها ببيعها أو هبتها ، وإذا ماتوا لا تورث عنهم ، فهو ملك غير تام ، وبعبارة أوضح ملك صورى فقط ، وهذا المذهب هو القول الثانى للإمامين الشافعى وأحمد بن حنبل [1] ويعرف الوقف على هذا : بأنه حبس المال عن التصرف فيه والتصدق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكا لا يبيح لهم التصرف المطلق فيها .

تلك مذاهب الفقهاء فى حقيقة الوقف ، وهى كما ترى مختلفة فى أمور.

وهذا الاختلاف يرجع إلى أمرين :

= جهات البر اقتضى ذلك التصدق الدائم بمنفعة هذا المال ، والتصدق الدائم لا يجتمع مع بقاء الملك للواقف ولا دخوله فى ملك الموقوف عليهم ولا غيرهم ، بل يستلزم الخلوص من ملك العباد ، فيعود إلى ما كان عليه قبل الملك الحادث . يعود إلى ملك الله تعالى فيأخذ حكمه من أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولا يملك أحد التصرف فى عينه . وأن الانتفاع به لا يقتصر على شخص معين كما فى الملك الخاص .

وعلى هذا يصدق على فعل الواقف أنه حبس العين الموقوفة على حكم ملك الله تعالى :

(١) يقول ابن قدامة فى المغنى جـ ٥ ص ٥٤٨ إن هذا القول هو ظاهر مذهب الإمام أحمد .

الأول : وصول الأحاديث والآثار الواردة فى تشريع الوقف إلى بعض الأئمة وعدم وصولها من طريق سليم إلى البعض الآخر .

الثانى : اختلافهم فى فهم ما تدل عليه عبارات الحديث الأول الوارد فى الوقف ، وما جاء بعدها من عبارات الواقفين من الصحابة .

ولتوضيح هذا نقول : إن القرآن لم يعرض للوقف بخصوصه فى آية خاصة ، بل عرض له فى ضمن الحض على التصدق العام والبر بالمحتاجين فى قوله تعالى :

« لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » وقوله « وأنفقوا من طيبات ما كسبتم » « وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » وغير ذلك من الآيات .

وإنما الذى عرض له بخصوصه هو السنة ، وأساسها قصة عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأرضه الخيبرية المسماة بثمغ[1] ، وهى كما رواها أصحاب السنن : أن عمر ابن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر ، فجاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال يا رسول الله : إنى أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى فيه ، فقال عليه الصلاة والسلام « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » أى تصدقت بثمرتها كما تدل عليه الرواية الأخرى للبخارى . أن رسول الله قال : « تصدق بأصله لاتباع ولا توهب ولا تورث ولكن ينفق ثمره » فتصدق بها عمر .

وقبل أن نسوق الأدلة لهذه الآراء نستطيع أن نحصر النزاع أولا فى أمر جوهرى يعتبر حجر الزاوية فى صرح هذا الاختلاف ، وهو لزوم الوقف وعدم لزومه ، وفيه نرى أبا حنيفة فى طرف يقول بعدم اللزوم إلا ما دل الدليل الخارجى

---

(١) ثمغ بفتح الثاء وسكون الميم أو بفتحهما معا .

على لزومه فى الصور المستثناة ، وقد تقدمت الإشارة إليها ، وبقية الأئمة فى طرف آخر يذهبون إلى لزومه[١] .

ثم يأتى بعد ذلك خلاف فى المرتبة الثانية بين القائلين باللزوم ليست له خطورة الخلاف الأول ، بل يكاد يكون عديم الفائدة ، وهو بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف أو خروجها عن ملكه ، ثم بقاؤها من غير مالك أو دخولها فى ملك الموقوف عليهم – مع الاتفاق على منعه من التصرفات التمليكية – فليس لهذا الخلاف من ثمرة إلا ما قيل : إنه إذا بقى على ملكه تلزمه مراعاته ، والخصومة فيه ، وله ولوارثه منع من يريد إصلاحه[٢] .

لذلك سيكون منهجنا فى الاستدلال أن نستدل على لزوم الوقف بعد أن نرد على أدلة عدم لزومه ، ثم نوجه القول بعدم الخروج عن الملك ، والقول بخروجه مع بقائه من غير مالك ، أو دخوله فى ملك الموقوف عليهم ليظهر لنا الراجح من هذه الأقوال .

استدل لمذهب أبى حنيفة القائل بعدم لزوم الوقف بأدلة منها :

أولا : ما أخرجه الدارقطنى فى سننه[٣] فى الفرائض عن عبد الله بن لهيعة عن أخيه عيسى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لما نزلت آية الفرائض « لا حبس عن فرائض الله » ، ووجه الدلالة لمذهبه من هذا الحديث : أن القول بلزوم الوقف وخروج العين الموقوفة عن ملك واقفها يترتب عليه حبس

---

(١) تكلمنا هنا على الاختلاف فى لزوم الوقف مع أنه من الأحكام وموضعها الباب الثالث لأن الاختلاف فى التعريف مرتبط به ارتباطا وثيقا حيث بنى عليه .

(٢) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٥ ، وشرح رسالة أبى زيد للنفراوى جـ٣ ص٤٦

(٣) جـ ٢ ص ٤٥٤

المال عن الورثة ومنعهم من أن يأخذوا فرائضهم التى فرضها الله لهم ، فيكون منهيا عنه ، والقول بعدم لزومه يتفق مع آيات المواريث ، ولا حبس فيه فيكون هو المشروع .

ثانيا . ماروى عن شريح القاضى أنه قال : جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ببيع الحبس ، والحُبُس جمع حبس وهو المال المحبوس ، ولقد كانت الأموال تحبس فى الجاهلية ويمنع بيعها والتصرف فيها فجاء رسول الله بإجازة بيعها ، فلو قلنا بلزوم الوقف وعدم جواز بيعه للزم عليه مشروعية الحبس التى جاء رسول الله بإنهائها.

ثالثا [1] : إن غرض الواقف التصدق بالمنفعة ، وهذا لايتصور إلا إذا بقى الأصل على ملكه ، ويدل عليه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر فيما رواه النسائى وابن ماجه « احبس أصلها وسبل ثمرتها » أى احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها . إذ لو خرج الأصل عن ملكه لكان مسبلا جميعها (الأصل والثمرة) وإنما قلنا ذلك لأن خروج الملك لا إلى مالك غير مشروع . ألا ترى أن الله تعالى نهانا عن السائبة وهى التى يسيبها مالكها ويخرجها عن ملكه كما كان يفعل العرب فى جاهليتهم .

هذه الأدلة وغيرها ساقها فقهاء الحنفية تأييداً لرأى إمامهم وهى فى الواقع لاتثبت هذه الدعوى .

أما الحديث **الأول** ففى رواته ضعف — كما يقول صاحب نصب الراية — فلا يقوى على معارضة حديث وقف عمر المشهور الدال على اللزوم .

---

(١) هذا الدليل ساقه الزيلعى فى تبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٥ . وهو ممن يرأى ترجيح رأى الإمام

ولو سلم صحته وقوته فهو لا يتنافى مع مشروعية الوقف ، لأن المراد بالحبس فيه منع المال عن الوارث بعد نزول آية المواريث ، وقد كانوا فى الجاهلية يورثون الرجال المحاربين ، ويمنعون الإناث والصغار ، وإنما حمل الحديث على هذا المعنى جمعا بينه وبين أدلة مشروعية الوقف ، والجمع واجب متى كان ممكنا .

على أن الوقف بصورته المشروعة لا حبس فيه عن الفرائض لأن الوارث لم يستحق المال بعد ، ولا يتعلق حقه بالتركة إلا فى حالتين ، بعد الوفاة وحال مرض الموت ، ولأنه لو اعتبر حبساً عن فرائض الله لكانت الصدقة والهبة وغيرهما من سائر التبرعات حبساً عن فرائض الله فتكون ممنوعة ، ولم يقل أحد بذلك .

وأما الثانى : وهو قول شريح فلا دلالة فيه أيضـا . لأن المراد بالحبس فيه ما كان يحبسه أهل الجاهلية الذى أبطله القرآن بقوله (ماجعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام[1])وحمله على هذا واجب جمعا بين الأدلة ، ولأن الوقف بمعناه

---

(١) البحيرة :هى الناقه التى نتجت خمسة أبطن أخرها ذكر .عندئذ كانوا يبحرون أذنها أى يشقونها . ويخلون سبيلها فلا تحلب ولا تركب . وقيل هى الناقة إذا ولدت عشرة أبطن كلهن إناث سيبت حتى تموت فإذا ماتت أكلها الرجال والنساء ، وبحرت أذن بنتها الأخيرة ، وتسمى البحيرة وتسيب كأمها .

والسائبة : قيل هى الناقة التى ولدت عشرت أبطن كلهن اناث فانها كانت تسيب حتى تموت ، وقيل . إن الرجل كان يقول : إذا شفيت من مرضى فناقتى سائبة فيحرم الانتفاع بها كالبحيرة .

الوصيلة : هى الشاة إذا ولدت ذكرا وأنثى بعد ولادتها عدة مرات ذاكرا أو انثى مفردا ،وحينئذ كانوا يقولون : وصلت الأنثى أخاها ، وما ولدته قبل ذلك من إناث جعلوها لهم ، وما ولدته من ذكور جعلوها لآلهتهم ، فإذا وصلت حرموا ظهورها فلا يركب ولا يشرب لبنها إلا الرجال ومنعوا ذبح الذكر :

=

الشرعى تشريع إسلامى لم يكن أهل الجاهلية يعرفونه حتى يدخل فى الحبس التى جاء رسول الله ببيعها ، ولقد قيل أن شريحا أبطل الأحباس فى عهد الأمويين لما رأى فيها من الجور وحرمان النساء .

وأما الدليل الثالث : فليس أحسن حالا من سابقيه . لأن التصدق بالمنفعة لايستلزم إبقاء الأصل على ملكه . لأن المقصود من التصدق حصول الثواب وهو حاصل سواء بقى ملك الأصل أو لم يبق ، وقول الرسول (احبس أصلها وسبل ثمرتها) ليس معناه احبسه على ملكك ، بل معناه . احبسه عن التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرها ، ولذلك جاء فى الحديث فتصدق بها عمر لاتباع ولا تورث ، ولأن إبقاءها على ملك الواقف مع اباحة التصرف فيها ، وإرثها عنه بعد موته لاتحبيس فيه مع أن الرسول أمر به .

وقولهم : إن خروج الملك لا إلى غير مالك غير معهود فى الشرع لأنه فى معنى السائبة التى أبطلها القرآن غير صحيح ، لأن السائبة كانت تترك من غير أن يكون هناك ولاية لتنظيم توزيع نتاجها على جهات البر ، بل إنهم حرموا الانتفاع بهما بخلاف الوقف فإنه بعد خروجه عن ملك الواقف عند من يقول به لم يترك كما تركت السائبة بل جعلت عليه ولاية للواقف أو لمن ينيبه فى تولى شئونه وصرف منافعه على جهات الخير ، فأنى يتفقان ؟! .

وأغلب الظن عندى أن أبا حنيفة لو وصله حديث وقف عمر من طريق صحيح لعمل به ، وقال بلزوم الوقف كغيره من الأئمة ، يؤيد هذا أن صاحبيه كانا يذهبان مذهبه من عدم اللزوم إلى أن حج أبو يوسف مع الرشيد والتقى بالإمام مالك فى

= والحامى : هو الفحل ينتج من صلبه عشر أبطن ، وعندئذ يقولون حمى ظهره فلا يركب ولا يحمل عليه ، ولا يمنع من ماء ولا كلأ . وفى كتب التفسير معان أخرى لهذه الكلمات .

المدينة وتكلم معه فى مسألة لزوم الوقف ، فلما بان له أن الحق مع الامام مالك رجع عن قول أبى حنيفة كما رواه الباجى فى[1] شرحه للموطأ ، وابن نجيم فى البحر[2] الرائق : وجاء فى بعض روايات هذا الأثر . أن أبا يوسف قال للامام مالك بعد أن سمع منه حديث وقف عمر : لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع كما رجعت .

وكذلك فعل محمد بن الحسن لما ذهب إلى الإمام مالك ومكث معه ثلاث سنين

أدلة لزوم الوقف

استدل القائلون باللزوم بحديث وقف عمر المشهور . وما جاء فى كتاب وقفه وعمل الصحابة فى كتب أوقافهم .

والحديث ، هو ما أخرجه أصحاب كتب الحديث الستة[3] عن نافع عن عبد الله ابن عمر أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال يارسول الله: إنى أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فكيف تأمرنى به ، قال « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » فتصدق بها عمر على ألا تباع ولا توهب ولا تورث فى الفقراء وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول ، وفى بعض[4] الروايات زيادة « وأوصى به إلى حفصة أم المؤمنين ثم إلى الأكابر من آل عمر » .

وفى بعض طرق البخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تصدق بأصله لاتباع ولا توهب ولا تورث ولكن ينفق ثمره » .

---

(١) ج ٦ ص ١٢٢ (٢) ج ٥ ص ٢٠٩ .

(٣) كما فى نصب الراية للزيلعى ج ٣ ص ٤٧٦ و نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨ ،

(٤) كما فى كتاب الاسعاف فى أحكام الأوقاف ص ٦

وابن قدامة الحنبلى فى كتاب المغنى[1] يرويه بلفظ « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » .

فهذا الحديث برواياته يدل على أن الحبس المشروع فى الوقف هو المانع من التصرفات . فالرسول يقول لعمر : « إن شئت حبست أصلها » ويفسر ذلك التحبيس فى الرواية الأخرى غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » وعمر يمتثل ويشرط فى كتاب وقفه الذى أشهد عليه كبار الصحابة — ألا تباع ولا توهب ولا تورث . فيمنع التصرفات الناقلة للملكية فى حياته وبعد وفاته ، والمنع من التصرفات يدل على اللزوم ، إذ لو كان الوقف غير لازم لأبيح له التصرف فيه بعد أن يرجع عنه .

ويجىء بعد هذا اتفاق الصحابة العملى فى أوقافهم لما كتب عمر كتاب وقفه فى خلافته وأشهد عليه نفراً من الصحابة فإنهم تابعوه ووقفوا أموالهم على طريقته حتى قال جابر بن عبد الله : ما أعلم أحداً كان له مال من المهاجرين والأنصار إلا حبس من ماله صدقة مؤبدة لا تشترى أبداً ولا توهب ولا تورث كما رواه الخصاف وابن قدامة فى المغنى[2]

فلو كان الوقف غير لازم لرجع بعض هؤلاء الواقفين عن وقفه بياناً لجواز الرجوع لكنه لم يحدث وإلا لنقل إلينا .

ويدل من وراء ذلك كله ما ورد من الأحاديث الدالة على فضل الصدقات الدائمة . منها الحديث الذى رواه مسلم وأحمد وأبو داود وغيرهم عن أبى هريرة أن

---

(١) جـ ٥ ص ٥٤٤ .

(٢) جـ ٥ صـ ٥٤٤ ولقد نقل الزيلعى فى نصب الراية جـ ٣ صـ ٤٧٨ عن خلافات البيهقى صوراً عديدة من أوقاف الصحابة اللازمة الباقية من غير تغيير فيها .

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء . صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له » [1] جارية أى مستمرة ، ولا يتحقق ذلك إلا بالوقف على وجه اللزوم .

وهذا القدر متفق عليه بين أصحاب المذاهب الثلاثة « الثانى والثالث والرابع » ولكنهم اختلفوا فى خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف ، والقائلون بخروجها مختلفون كذلك فى دخولها فى ملك الموقوف عليهم أو بقائها من غير مالك .

فمن قال ببقائها فى ملك الواقف ، وهم المالكية أصحاب المذهب الثانى يوجهون رأيهم ، بأن الحديث دل على لزوم الوقف ، وليس فيه ما يدل على خروج المال الموقوف عن ملك الواقف ، والملك الثابت لا يحكم بزواله من غير دليل ، بل قالوا إن فى الحديث ما يدل على بقائه . لأن التصدق اللازم الدائم يقتضى بقاءه مع منعه من التصرفات الناقلة للملكية ، ولقد فهم عمر من قول رسول الله « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » إن المراد من تحبيس الأصل تحبيسه على ملكه مع منعه من التصرفات ، ولهذا قال فى كتاب وقفه : على ألا تباع ولا توهب ولا تورث، ولو كان الوقف يفيد خروجها عن ملكه لما كان هناك معنى للنص على عدم البيع وغيره .

ولا غرابة شرعاً فى وجود ملك مع منع صاحبه من التصرفات فيه . فالمحجور عليه لسفه أو لغفلة مالك ممنوع من التصرفات .

وأما الذاهبون إلى خروج الموقوف عن ملك الواقف فيوجهون رأيهم ، بأنه إذا ثبت لزوم الوقف نتيجة للمنع من التصرفات الناقلة للملكية ، والتصدق الدائم

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨ .

بالمنفعة خرج المال الموقوف عن ملك الواقف للتلازم بينهما ، لأن الوقف سبب يزيل التصرف فى الرقبة والمنفعة فيزيل الملك كالعتق ، وليس المراد بقول الرسول فى الحديث « حبس الأصل » حبسه على ملكك ، بل المراد منعه من التصرفات التمليكية فيه .

على أنه لا معنى لإبقاء الملك مع المنع الدائم من التصرفات ، والتنظير بالمحجور عليه غير سليم ، لأن الحجر هناك عارض لمصلحة المحجور عليه يحتمل زواله فى أى وقت بزاول سببه ، فمنعه من التصرفات ليتحقق به النفع وهو المحافظة على ماله وخروج ماله عن ملكه مضر به ، وأما الواقف فتتحقق أغراضه سواء بقى المال فى ملكه أو خرج .

ثم إننا لو تصورنا بقاء ملك الواقف فى حياته فما مصير هذا الملك بعد وفاته مع الاتفاق على منع الإرث

ثم ماذا يقولون فى وقف المسجد . أيقولون إن المسجد باق على ملك الواقف مع قول الله تعالى « وأن المساجد لله » ؟ ؟(1)

وبعد هذا يترجح عندى رأى القائلين بخروج الوقف عن ملك الواقف ، لأنه لا معنى لبقاء ملكه بعد منعه من التصرفات ، ولأنه يطرد فى جميع الأوقاف لا فرق بين مسجد وغيره ، ولأن ظاهر قول الرسول « تصدق بأصله » يفيد إخراجه عن ملكه ، ولولا قوله بعده « وسبل ثمرته » لقلنا : إن التمليك فى الوقف لنفس العين .

أما القائلون بأن الملكية بعد زوالها عن الواقف تنتقل إلى الموقوف عليهم ، وهم أصحاب المذهب الرابع فيوجهون رأيهم بما يأتى :

إذا ثبت من دلالة الحديث خروج المال الموقوف عن ملك الواقف ، وخروج

---

(1) فى شرح الرسالة للنفراوى : قال خليل : الملك للواقف وظاهره حتى المساجد وقيل إلا في المساجد لقوله تعالى « وأن المساجد لله » ولكن الراجح الأول :

الملك لا إلى مالك غير معهود شرعا ، بل هو السائبة التي أبطلها القرآن ، فلابد من دخوله في ملك أحد غير الواقف ، وليس هنا أحد أقرب من الموقوف عليهم حيث ملكوا المنفعة ، ولولا أن إباحة التصرف لهم فيها يخرج الوقف عن أصل وضعه ، وهو التصدق الدائم بالمنفعة . لولا ذلك لأبيح لهم التصرف التام ، ولكنها الضرورة تقدر بقدرها .

وهذا الكلام مردود لما قلناه من قبل : إن بين الوقف والسائبة فرقا كبيراً . ولا غرابة شرعاً في خروج المال عن الملك لا إلى مالك مع تنظيم الانتفاع به ، بل هو موجود متفق عليه في وقف المساجد ، ثم ماذا يفيد ثبوت الملك لهم مع منعهم من التصرفات ؟ !

وإذا تبين لنا رجحان القول بلزوم الوقف وخروج العين الموقوفة عن ملك الواقف وعدم دخولها في ملك أحد .

بقي بعد ذلك أن نعرف بم يتحقق هذا اللزوم ؟

الفقهاء مختلفون في ذلك فمنهم من يرى أنه يتحقق بمجرد الصيغة ، لأنه يتم بها وليس بعد تمامه شيء غير لزومه ، وإلى هذا ذهب أبو يوسف من الحنفية ويوافقه المالكية[1] . وهو المشهور عند الحنابلة[2] .

ومنهم من يرى أنه لا يكفي فيه مجرد الصيغة بل لابد فيه من تسليم المال الموقوف . وهو في كل شيء بحسبه . ففي المسجد بالإذن بالصلاة فيه ،

---

(١) جاء في شرح الرسالة جـ٣ ص٣٩
والصيغة كافية عند المالكية ، ويقوم مقامها التخلية بين الذات الموقوفة وبين الناس كالمسجد يبنيه ويفتحه للناس ، وكالطاحون أو القنطرة وكل ما ينتفع به عموم الناس .
(٢) المغني جـ٥ ص٥٤٦

وفى المقبرة بالإذن بالدفن فيها ، وفى الدور والأراضى بالتخلية بينها وبين من يتولى شئونها . وإلى هذا ذهب محمد بن الحسن وهو إحدى الروايات عن الامام أحمد كما يقول ابن قدامة لأن الوقف لا يتم إلا بالتسليم حيث إنه صدقة مستقبلة وهى تمليك فتكون معتبرة بالصدقة المنجزه والهبة وكلاهما لا يتم إلا بالتسليم إلى المتصدق عليه أو الموهوب له . وإذا توقف التمام على التسليم توقف اللزوم عليه ، لأنه لا لزوم إلا بعد التمام .

ولكن أصحاب المذهب الأول يرون أن قياس الوقف على الصدقة والهبة قياس مع الفارق ، لأن كلا منهما تمليك مطلق للمال ومنفعته معاً ، والوقف لا يفيد تمليك العين ، بل هو تحبيس للعين وتسبيل للثمرة ، ففيه إسقاط لملكية العين وتمليك المنفعة ولكن الراجح فيه جهة الإسقاط فيلحق به ، فيكون كالعتق وهو يتم ويلزم بمجرد الصيغة .

ولقد كانت المحاكم تسير على رأى أبى يوسف لأنه الراجح من مذهب الحنفية قبل صدور قانون الوقف عام ١٩٤٦ . فكانت جميع الأوقاف لازمة بمجرد صدور الصيغة صحيحة لايجوز للواقف الرجوع فيها حتى ولو شرط ذلك لنفسه لافرق بين وقف المساجد وغيرها ، كما كان لايملك التغيير فى مصارفه وشروطه إلا إذا شرط ذلك فى كتاب وقفه .

ولما جاء القانون أقر ذلك فى وقف المساجد وما وقف عليها فمنع الرجوع فيه وكذا التغيير مطلقا سواء شرطه لنفسه أولا فى حياة الواقف وبعد وفاته .

وأباح الرجوع فى غير ذلك من الأوقاف ولكن مع بعض القيود سيأتى تفصيلها عند الكلام على الرجوع فى الوقف والتغيير فيه فى باب الأحكام

المبحث الثانى
فى
أنواع الوقف ومتى وجدت

يتنوع الوقف باعتبار الموقوف عليه أول الأمر إلى وقف خيرى ، وآخر أهلى .

فالخيرى : هو ماجعل ابتداء على جهة من جهات البر ولو لمدة معينة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين .

فاذا وقف داره لينفق من غلتها على المحتاجين من أهل البلدة أو على المستشفى بها مؤبداً كان الوقف خيريا ، وكذلك إذا جعلها وقفاً على جهه البر مدة معينة كعشر سنوات مثلا ، ثم من بعدها على أشخاص معينين كأولاده مثلا .

والأهلى:هو ماجعل أول الأمر على معين سواء كان واحداً أو أكثر ، وسواء كانوا معينين بالذات كأحمد وابراهيم ومحمود أولاد فلان ، أو معينين بالوصف كأولاده أو أولاد فلان ، وسواء كانوا أقارب أولا ، ثم من بعد هؤلاء المعينين على جهة بر . .

فلو جعل أرضه المعينة وقفاً على نفسه بمدة حياته ثم من بعده على أولاده ، ثم من بعدهم على مسجد الجهة أو جمعية المحافظة على القرآن كان الوقف أهليا .

ولو جعل هذه الأرض وقفاً ابتداء على جمعية المحافظة على القرآن مدة خمس سنوات ثم بعد انقضائها تكون وقفاً عليه مدة حياته ، ثم على أولاده من بعده كان الوقف خيريا ، فمدار التفرقة بينهما هو الجهة الموقوف عليها أول الأمر .

وكما يكون الوقف كله خيريا فقط أو أهليا كذلك يكون منوعا بعضه خيرى وبعضه أهلى .

فاذا وقف ماله على نفسه ثم على ذريته من بعده ، وجعل سهما معينا كثلث المال مثلا ، أو مرتبا معينا كخمسين جنيها لينفق منه على مستشفى معين . فان هذا الوقف يكون خيريا فى ثلثه فى الصورة الأولى ، وفى حصة تغل خمسين جنيها فى الصورة الثانية ، وأهليا فى الباقى .

وإذا وقف ماله على فقراء بلده وشرط لنفسه أو لذريته أو لشخص معين حصة معينة كخمسه مثلا ، أو مرتبا معينا كعشرة جنيهات كل شهر فان الوقف يكون أهليا فى الخمس فى الصورة الأولى ، وفى حصة تغل عشرة جنيهات فى كل شهر فى الصورة الثانية ، ويكون خيريا فى الباقى .

وتقسيم الوقف وتسميته بالأهلى والخيرى لم يكن موجوداً فى العصور الأولى للاسلام ، بل كانت الأوقاف معروفة بالصدقات ، ولذلك كان يقال: هذه صدقة فلان. والحديث الذى ورد فيه وصفه بالصدقة ، وكتب أوقاف الصحابة كلها عبرت عن الوقف بالتصدق : فتصدق بها عمر على كذا وكذا وتصدق أبو بكر بداره بمكة على ولده ، وكثير من هذه العبارات .

فهل معنى هذا أنه لم يكن موجودا من الوقف فى صدر الإسلام إلا ماسماه الفقهاء فيما بعد بالوقف الخيرى ، وأن النوع الآخر المسمى بالأهلى لم يكن مشروعا أول الأمر ثم أحدثه الفقهاء المتأخرون فيما بعد ترغيبا للناس فى وقف أموالهم ؟

هكذا قرر جماعة من فقهاء هذا العصر (١) عند ماصدر قانون إلغاء الوقف على غير الخيرات ، وأنا مع احترامى لرأيهم لاأستطيع أن أسلم ماقالوه على

(١) فالأستاذ الشيخ خلاف ـ عليه رحمة الله ـ يقول فى كتابه الوقف الجديد : إن ما كان فى زمن الرسول والصحابة هو الخيرى فقط ، والأهلى لم يوجد إلا فى القرن الثانى الهجرى .

إطلاقه ، لأن الآثار الواردة فى الوقف تنادى بغير هذا ، وهو أن الوقف بنوعيه كان موجوداً من أول وجود الوقف فى الإسلام ، بل أن وقف عمر الذى يعتبر أساساً لما جاء بعده من أوقاف كان موزعا بين جهات البر وذوى القربى فتصدق بها عمر فى الفقراء وذوى القربى والضيف وابن السبيل ، وهذه العبارة جاءت فى كتاب وقف عمر فى كتب السنة الصحيحة .

والزيلعى فى نصب الراية [1] يقول جاء فى الخلافيات للبيهقى قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدى : « تصدق أبو بكر بداره بمكة على ولده فهى إلى اليوم ، وتصدق عمر بربعه عند المروة وبالثنية على ولده فهى إلى اليوم ، وتصدق على بأرضه وداره بمصر وبأمواله بالمدينة على ولده فذلك إلى اليوم ، وتصدق سعد بن أبى وقاص بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك إلى اليوم ،

= والأستاذ الشيخ أبو زهرة فى بحث له فى أدوار الوقف وإلغائه فى مجلة القانون والاقتصاد فى عدد مارس ويونيه سنة ١٩٥٣ يقول : إن الوقف فى الأصل صدقة أى كان متمحضا للخير فلم يكن منه شىء على الذرية والأهل يدل لذلك أن الحديث الصحيح القوى وهو وقف عمر كان صدقة محضة : ولما انقضى عصر الصحابة بدأ الناس ينحرفون عن هذا الأصل واتخذوا من الوقف المشروع ذريعة إلى محاربة نظام المواريث بل إن ذلك بدأ فى أواخر عصر الصحابة فى عهد الأمويين ، ولذلك روى عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت : « ماوجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل « وقالوا ما فى بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا وإن يكن ميتة فهم فيه شركاء » ، والله إنه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته فترى نضارة صدقته عليها ، وترى ابنته الأخرى وإنه لتعرف عليها الخصاصة لما أبوها أخرجها من صدقته » ، ولقد أبطل شريح القاضى فى عهد الأمويين الأحباس لما رأى فيها من الجور وحرمان النساء : اهـ المقصود منه .

(١) ج ٤ ص ٤٧٨ .

وعثمان برومة (١) فهى إلى اليوم ، وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم ، قال ومالا يحضرنى كثير » .

وهذه الأثر نقله ابن قدامة فى المغنى (٢) بعبارة قريبة من هذه

ولقد جاء فى كتاب الاسعاف (٣) فى أحكام الأوقاف آثار كثيرة فى وقف كبار الصحابة على أولادهم نكتفى بذكر بعضها .

الأثر الأول. قال حدثنى ابن أبى سبرة عن إسماعيل بن أبى حكيم قال شهدت عمر بن عبد العزيز ورجل يخاصم إليه فى عقار حبس لايباع ولايوهب ولا يورث فقال ياأمير المؤمنين: كيف تجوز الصدقة لمن لا يأتى ولم يدر أيكون أم لا ، فقال عمر رضى الله عنه: أردت أمراً عظيما ، فقال ياأمير المؤمنين . إن أبا بكر وعمر كانا يقولان لا تجوز الصدقة ولا تحل حتى تقبض ، قال عمر بن عبد العزيز رحمه الله : الذين قضوا بما تقول هم الذين حبسوا العقار والأرضين على أولادهم وأولاد أولادهم عمر وعثمان وزيد بن ثابت ، فإياك والطعن على من سلفك ، والله ماأحب أنى قلت ماقلت وأن لى جميع ماتطلع عليه الشمس أو تغرب ، فقال ياأمير المؤمنين : إنه لم يكن لى به علم ، فقال عمر : استغفر ربك وإياك والرأى فيمن مضى من سلفك أو لم تسمع قول عمر رضى الله عنه للنبى صلى الله عليه وسلم : إن لى مالا أحبه فقال رسول الله صلى الله

---

(١) رومة : هى بئر سبلها للمسلمين وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين ،

(٢) ج ٥ ص ٥٤٥ .

(٣) ص ٥ ومابعدها وهذه الآثار نقلها عن كتاب الأوقاف لأبى بكر الخصاف وهو من فقهاء الحنفية المتقدمين .

عليه وسلم « احبس أصله وسبّل ثمره ، ففعل ، فلقد رأيت عبد الله بن عبيد الله يلي صدقة عمر وأنا بالمدينة وال عليها فيرسل إلينا من ثمرته . اهـ

الأثر الثاني : يروى فيه عبارة كتاب وقف عثمان على ولده ، وكان موجوداً عند عبد الرحمن بن أبان بن عثمان وهي « بسم الله الرحمن الرحيم هذا ماتصدق به عثمان بن عفان في حياته تصدق بماله الذي بخيبر يدعى مال ابن أبي الحقيق على ابنه أبان بن عثمان صدقة بتلة لايشترى أصله أبداً ولايوهب ولايورث . شهد على ذلك علىّ بن أبي طالب رضى الله عنه ، وأسامة ابن زيد : اهـ

الأثر الثالث: ماروى من أن الزبير بن العوام حبس دوره فجعلها على بنيه لاتباع ولا تورث ولاتوهب، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مُضِرة ولا مُضَر بها ، فاذا استغنت بزوج فليس لها حق » .

الأثر الرابع : ماروى أن السيدة عائشة رضى الله عنها وقفت دارا اشترتها وكتبت في شرائها « انى اشتريت دارا وجعلتها لما اشتريتها له . فمنها مسكن لفلان ولعقبه مابقى بعده إنسان ، ومسكن لفلان وليس فيه لعقبه ثم يرد إلى آل أبي بكر »

كما روى أن زيد بن ثابت حبس داره على ولده وولد ولده وعلى أعقابهم لاتباع ولاتوهب ولا تورث »

وغير ذلك كثير ..

ثم مالنا نذهب بعيداً في إثبات هذا الأمر فنروى فيه آثاراً عن الصحابة وأخبار أوقافهم ، وهذا حديث صريح لرسول الله صلى الله عليه وسلم لايحتمل تأويلا ، يجيز فيه الرسول للرجل أن ينتفع مع غيره بما وقفه ، وذلك فيما رواه

النسائى والترمذى عن عثمان أن النبى صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يُستعذب غير بئر رومة ، فقال : من يشترى بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة . فاشتريتها من صلب مالى » (١)

فهل بعد كل هذا يقال : إن الوقف فى صدر الإسلام كان متمحضا للبر ، ولم يكن منه شىء على الذرية والأقارب ؟؟

إن الجواب الصحيح لهذا التساؤل ينادى بعكس ماقيل ..

ثم إن الناس قد انحرفوا بأوقافهم عن الجادة المستقيمة التى رسمها الإسلام وساروا بها — حسب أهوائهم — فى طريق معوج ملىء بالأشواك . يحيط بجانبيه الظلم ، ويجرى فيه الحرمان ، فأحدثوا فيها ما الإسلام منه براء حتى تعدوا بها حدود الله فحقت عليهم كلمة الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » فألغت الدولة الكثير من الأوقاف القائمة ، ومنعتهم من إنشائها فى مستقبل الأيام .

فائدة التقسيم الآنف :

تظهر فائدة هذا التقسيم بعد إلغاء الوقف الأهلى فى معرفة الوقف الجائز فيعمل به من يريد ، وغير الجائز فيمتنع عنه ، أولا تسمع الدعوى فيه ، وكذلك فى تمييز الوقف المنتهى بحكم القانون . وهو ما كان الآن مصروفا لغير جهات البر عن الوقف القائم . وهو ما كان مصروفا لجهة من جهات البر ..

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨ وفى ص ٢٠ يقول: روى البغوى قال : كانت لرجل من بنى غفار بئر يقال لها رومة، وكان يبيع منها القربة بمد، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم فبعنيها بعين فى الجنة ، فقال يارسول الله . ليس لى ولا لعيالى غيرها فبلغ ذلك عثمان فاشتراها بخمسة وثلاثين ألف درهم ، ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أتجعل لى ما جعلت له . قال نعم قال قد جعلتها للمسلمين . اهـ

الفصل الثانى

فى ركن الوقف وبم يتحقق وبأى شىء يثبت الاستحقاق فيه ؟

يرى بعض الفقهاء أن للوقف أركانا أربعة. الواقف والموقوف والموقوف عليه والصيغة الدالة على إنشائه بناء على تفسيرهم الركن : بأنه مايتوقف عليه الشىء ، ولا شك فى أن هذه الأمور الأربعة يتوقف عليها وجود الوقف .

ويذهب آخرون إلى أن للوقف ركنا واحدا وهو الصيغة المنشئة له وماعداها أمور لازمة لوجود الصيغة بناء على تفسيرهم الركن : بأنه ما كان جزءا من حقيقة الشىء . أو مابه قوامه ووجوده .

وهو خلاف راجع إلى اختلاف فى أمر اصطلاحى لايترتب عليه ثمرة .

وأياما كان فالرأيان متفقان على أن الصيغة ركن وأن الوقف يوجد ويتحقق بها فى الخارج .

وقد اتفق الفقهاء على أن الوقف من التصرفات التى توجد بإرادة واحدة فيكفى فى تحققها وجود الايجاب من الواقف ، وأما القبول من الموقوف عليهم فليس بركن فصيغة الوقف هى كل مايصدر من الواقف دالا على إنشاء الوقف لفظا كان أو فعلا أو إشارة .

يستوى فى ذلك لفظ الوقف والحبس والصدقة وغيرها من كل مايدل على حبس العين والتصدق بالغلة والثمرة . وأما الفعل فيشترط فيه جريان العرف بانشاء الوقف به كالأذن بالصلاة فى وقف المسجد ، والدفن فى المقبرة ، والشرب من السقاية ، ويكفى فى الاذن التخلية بينه وبين الناس للانتفاع به .

ولا يشترط فى الاشارة إلا كونها صادرة من غير القادر على الكلام كالأخرس مفهمة للمقصود منها .

وبعد اتفاق الفقهاء على أن القبول ليس ركنا فى الوقف اتفقوا على أنه ليس شرطا فى صحته ولا فى الاستحقاق فيه إذا كان الموقوف عليه غير معين .

واختلفوا فيما إذا كان الموقوف عليه معينا . فمنهم من جعله شرطا ، ومنهم من لم يشترطه فالمالكية شرطوا لصحة الوقف والاستحقاق فيه القبول من الموقوف عليه المعين إن كان أهلا له أو وصية أو القيم عليه لم يكن أهلا . فاذا قبل صح وثبت الاستحقاق ، وأن رده بطل فى حقه وانتقل الحق للفقراء والمساكين جاء فى شرح رسالة لابن أبى زيد (١) .

« ولا تتوقف صحة الوقف على قبول حيث كان على غير معين كالفقراء والمساكين أو على مسجد لتعذره منه ، وأما على معين كزيد فانه يشترط قبوله إن كان أهلا للقبول أو وليه إن كان محجورا عليه ، وإن لم يكن للموقوف عليه الصغير أو المجنون ولى فيقيم له السلطان من يقبل له ، فان رد الموقوف عليه المعين الأهل ماوقفه الغير عليه فى حياة الواقف أو بعد موته فان الوقف يرجع حبسا للفقراء والمساكين .

والحنابلة فى قول لهم يشترطون القبول الصريح للاستحقاق فان لم يقبل لا يستحق شيئا ، وان رده بطل حقه وكذلك إذا سكت .

ووجهوا هذا الرأى بأنه تبرع لآدمى فأشبه الهبة والوصية وهما لا يثبت الملك فيهما للمعين إلا بالقبول فكذلك الوقف .

ولكن المشهور عندهم أن القبول ليس بشرط للاستحقاق لأن الوقف إزالة ملك يمنع التصرفات من بيع وهبة وغيرهما فلا يعتبر فيه القبول . كالعتق ، والقياس على الهبة الوصية قياس مع الفارق ، لأن الوقف فى هذه الصورة لا يختص بالمعين ، بل له ولمن بعده . بخلاف الهبة الوصية فانهما مختصان بالموصى له والموهوب فلزم فيهما القبول .

---

(١) جـ ٣ ص ٣٩ وما بعدها .

وعلى هذا الرأى يثبت الاستحقاق مطلقا سواء قبل أورد أو سكت فهو لا يتأثر بالرد مادام الملاحظ فيه أنه ازالة ملك الواقف فقط(١) .

وذهب الشافعية والحنفية على المشهور فى كتبهم (٢) إلى أنه ليس بشرط لا فى صحة الوقف ولا فى الاستحقاق . فيصح متى صدرت الصيغة صحيحة ويستحق الموقوف عليه الثمرة والغلة وان لم يصدر منه قبول إلا إنه إذا رده يبطل استحقاقه وينتقل الحق إلى من يليه متى كان أهلا للرد ، ولا يقبل الرد من وليه أو وصية أو القيم عليه ، لأن الرد ضرر محض فلا يقبل من هؤلاء .

وإنما قبل الرد منه إذا كان أهلا لأن الأموال لا تدخل فى ملك أحد بغير ارادته إلا فى الميراث فانه بجعل الشارع .

موقف القانون من القبول .

كان المعمول به قبل صدور قانون الوقف سنة ١٩٤٦ الراجح من مذهب الحنيفة فلم يكن القبول شرطا لثبوت الاستحقاق فى أى صورة من صور الوقف .

ثم جاء القانون مقررا ذلك ولم يستثن منه غير صورة واحدة شرط فيها القبول لاستحقاق الموقوف عليهم . وهى ما إذا كان الموقوف عليه جهة خيريه لها من يمثلها قانونا كالجمعيات الخيرية التى لها رؤساء يمثلونها فيتكلمون باسمها ويقبلون الهبات والتبرعات لها . والجهات العلمية العامة كالجامعات مثلا.

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٤٧ .

(٢) يرى صاحب الاسعاف غير ذلك ففى ص ١٥ يقول : إن وقع لشخص بعينه وجعل آخره للفقراء يشترط قبوله فى حقه فإن قبله كانت الغلة له وإن رده تكون للفقراء ويصير كأنه مات . ومن قبل ما وقف عليه ليس له الرد بعده ومن رده أول الأمر فليس له القبول بعده .

فقد شرط القانون لاستحقاق تلك الجهة غلة الوقف وثمرته قبول من يمثلها فان لم يقبل بطل الاستحقاق وانتقل إلى الموقوف عليه الذى يلى هذه الجهة إن وجد فان لم يوجد اعتبر الوقف منتهيا .

كما صرحت ، بذلك المادة التاسعة (١) . . ويستوى فى هذا الحكم كون الوقف على نفس الجهة أو على أشخاص تابعين لها بعنوان تبعيتهم ، كأن يقول الشخص : وقفت دارى هذه لسكنى الطلبة الغرباء بجامعة الأسكندرية ، أو وقفت أسهمى فى شركة الحرير الصناعى على الطلبة الفلسطينيين بالأزهر . وهذا الاستثناء له حكمته المأخوذة من الحوادث السابقة على وضع القانون .

فقد دلت تلك الحوادث على أن بعض الواقفين ممن لهم أغراض غير شريفة يعملون على الوصول إلى أغراضهم باسم الوقف وتحت ستار البر وعمل الخيرات ..

فمن الناس من يريد التدخل فى شئون الجمعيات والمؤسسات العلمية أو الدينية للاستيلاء عليها أو العبث بنظمها ، أو استغلال الأفراد التابعين لها ، أو بث مبادىء معينة فيها فيقف بعض ماله أو كله عليها ليصل بذلك إلى ما يريد

نظر المشرع لهذا الأمر الخطير فعمل على سد ذريعة الفساد ، وقطع الطريق

---

(١) ونصها : لا يشترط القبول فى صحة الوقف ولا يشترط كذلك فى الاستحقاق مالم يكن الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً فإنه يشترط فى استحقاقها القبول فإن لم يقبل من يمثلها انتقل الاستحقاق لمن يليها متى وجد ؛ وإن لم يوجد أصلا أخذ حكم الوقف المنتهى المبين فى المادة ١٧ .

والذى بين فى المادة ١٧ هو أن الوقف يصير ملكا للواقف إن كان حياً . فإن لم يكن كان ملكا للمستحقين . فإن لم يكن صار ملكا لورثة الواقف يوم وفاته ، وإلا كان للخزانة العامة .

على هؤلاء المغرضين الذين لو مكنوا من تحقيق أغراضهم الخبيثة بهذه الأوقاف الصورية لنجم عن ذلك شر مستطير ، وبلاء كبير فشرط هذا الشرط .

لأن المفروض فيمن يمثل جهة من هذه الجهات أن يكون حريصاً على مصلحتها عاملا على دفع الشرور عنها ، فإذا وقف عليها بحث هذا الوقف . فان وجده قصد به الخير ، وليس وراءه شيء من الأغراض السيئة قبله فاستحقت هذه الجهة أو الأشخاص التابعون لها ريع الوقف . وإن وجده غير ذلك رده ، فانتقل الاستحقاق إلى من يليها إن وجد وإلا طبق على هذا الوقف حكم الوقف المنتهى .

والقانون أخذ هذا الاشتراط من مذهب الحنابلة [1] ـ كما فى مذكرته التفسيرية ـ ثم إن المراد من القبول المشروط هنا هو القبول الصريح ، ولا يكتفى فيه بعدم الرد ، ومعنى هذا أنه إذا رد أو سكت لايثبت الاستحقاق ، وهذا مأخوذ من إطلاق القبول . فإن المطلق ينصرف إلى الفرد الكامل ، ومما يؤيد ذلك ما جاء فى المذكرة التفسيرية . من أنه لابد من قبول الممثل ولايكفى قبول غيره . .

بقى لنا أن نتساءل عن أمرين متعلقين بهذا الاشتراط .

---

(١) يلاحظ أن المذكور فى كتب الحنابلة . أن المشروط قبوله هو الموقوف عليه الآدمى المعين . يقول ابن قدامة فى المغنى « قال أبو الخطاب إن كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى قبول وإن كان على آدمى معين ففى اشتراط القبول وجهان » لكن واضعى القانون تحايلوا لإدخال هذه الصورة تحت قول من الأقوال فقالوا . إن المعين نوعان مشخص حقيقى واحداً كان أو أكثر ، ومشخص معنوى وهو الجهة التى لها من يمثلها قانوناً .
ولو قالوا : إن المصلحة تقتضى هذا الاشتراط دفعاً للفساد لكان أوجه من هذا التحايل .

أولهما : ماهى الإجراءات التى تتخذ لمعرفة قبول الممثل للجهة أو عدم قبوله ، وهل لهذا القبول وقت محدد إن لم يجب فيه بأحد الأمرين اعتبر هذا السكوت رفضاً كما فى القبول فى الوصية الذى بينته المادة الثانية (١) والعشرون من قانونها رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ؟

وثانيهما : هل لهذا الاشتراط فائدة الآن بعد أن آلت النظارة على جميع الأوقاف الخيرية لوزارة الأوقاف بحكم القانون ؟

والجواب عن الأول أنه ليس هنا إجراءات خاصة تتبع لأن القانون سكت عن هذه المسألة كما أن مذكرته التفسيرية لم تشر إليها ، ولايمكن الرجوع فيها للراجح من مذهب الحنيفة الذى يعتبر أصلا عاما فى كل ماسكت عنه القانون لأن هذا إجراء لم يعرض له هذا المذاهب ببيان حيث لم يجعل للقبول أى اعتبار (٢) حتى يفصل حكم التأخير فيه .

ولم يكن قانون الوصية موجوداً عند صدور قانون الوقف حتى يقال : إنه ترك بيانه اعتماداً على البيان السابق فيه ، ولو كان غرض المشرع تطبيق الإجراء المتبع فى

---

(١) ونصها : « لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت . ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أوردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول »

(٢) إذا استثنينا ما سبق أن نقلناه عن كتاب الأسعاف من أن القبول شرط لاستحقاق الموقوف عليه المعين .

الوصية فى الوقف لتدارك هذا النقص بتشريع لاحق ، لكنه لم يفعل فعلمنا أنه لا يريد أن يجعل الوقف كالوصية فى اعتبار التأخير فى الرد رفضاً .

لأن التأخير فى الوصية من غير حد ينتهى عنده يترتب عليه ضرر حيث إن الملك هناك معلق على معرفة رأى الموصى له . إن قبل الوصية كان الملك له ، وإن لم يقبلها كان للورثة ، والوصية قد لزمت بموت الموصى ولا يمكن إنهاؤها قبل معرفة رأى الموصى له . بخلاف التأخير فى الوقف فإنه لا ضرر فيه على أحد ، لأن الواقف يدفع الريع لتلك الجهة إن قبل الممثل ، أو يدفعه إلى غيرها إن لم يقبل ، أو يرتد إليه وقفه إن لم تكن جهة أخرى ، وهذه مسألة لا يضره فيها التأخير .

على أن الواقف يستطيع أن يرجع عن وقفه متى شاء طول حياته فى غير وقف المسجد وما وقف عليه ، فلو تأذى من التأخير رجع عن وقفه وانتهت المسألة بخلاف الوصية بعد موت الموصى فانه لا يتصور الرجوع فيها ولا يملك الورثة إبطالها .

والجواب عن الثانى : إن هذا الاشتراط أصبح قليل الفائدة ، لأن وزارة الأوقاف التى آلت إليها النظارة ستتسلم المال الموقوف من الواقف وتتولى شئونه ، وتوصل الريع إلى تلك الجهة ، فلا يكون للواقف علاقة بها ، وهى باعتبار أنها أمينة على مصالح الجهات الخيريه ليس لها أغراض يخاف منها على الجهة الموقوفة .

والواقف وإن كان له الحق فى اشتراط النظارة لنفسه مادام حيا إلا أن التشريعات الجديدة فى الوقف تجعل لوزير الأوقاف أن يسلبه هذا الحق إذا ما أساء استعماله

الباب الثانى

فى الشروط وما يلحق بها من شروط الواقفين

وفيه فصول

تمهيد: قدمنا أن وجود الوقف يتوقف على وجود أمور أربعة هى الواقف، والموقوف والموقوف عليه والصيغه التى تعبر عن إرادة الواقف.

ومجرد وجود هذه الأمور لايكفى لوجود الوقف شرعا بحيث تترتب عليه آثاره المقصودة منه، بل لابد من تحقق أوصاف فى كل واحد منها ليصح الوقف، وهذه الأوصاف هى المعروفة عند الفقهاء باسم الشروط.

والشروط جمع شرط وهو فى اللغة العلامة المميزة.

وفى الاصلاح الشرعى. مايتوقف عليه الشىء وليس جزءا من حقيقته.

الفصل الأول

فيما يشترط فى الصيغة

عرفنا مما سبق أن الوقف من التصرفات التى توجد بإرادة واحدة، وأن ركنه هو الإيجاب فقط، وأن القبول ليس ركنا فيه بالاتفاق، كما أنه ليس شرطا لصحته ولا للاستحقاق فيه إلا فى أحدى صوره فى بعض المذاهب. فصيغة الوقف هى الإيجاب الذى يصدر من الواقف دالا على إرادته ورغبته. يستوى فى ذلك الكلام والكتابة والإشارة من العاجز عن التعبير بغيرها متى كانت دالة على

مراد الواقف دلالة واضحة . والفعل إذا كان دالا فى عرف الناس .

وصيغ التصرفات بوجه عام تصدر من أصحابها على أشكال مختلفه . فتارة تكون منجزة ، وأخرى تكون معلقة أو مضافة ، وهى مع هذا قد تكون مقيدة بشرط أو مجردة عنه ، وهذه الشروط منها الصحيح وغير الصحيح .

من أجل هذا شرط الفقهاء فى صيغة الوقف شروطالابد منها لصحته ، والقانون أقر بعض هذه الشروط وألغى البعض الآخر ، ثم أتى بشرط جديد لم يذكره الفقهاء وإليك تفصيل ذلك :

الشرط الأول . ألا تكون الصيغه معلقة على أمر غير موجود وقت الوقف .

ولتوضيح هذا الشرط نبين الفرق بين الصيغة المنجزة والمعلقة والمضافة فنقول :

الصيغة المنجزة : هى التى تدل على إنشاء الوقف وترتيب آثاره عليه فى الحال مثل قول الواقف : وقفت هذه الأرض على مسجد بلدتى ، ولا خلاف بين الفقهاء فى أن هذه الصيغة يصح بها الوقف ، وتترتب عليه آثاره من وقت صدورها من الواقف مادامت الشروط الأخرى مستوفاة .

والصيغة المضافة : هى التى تدل على إنشاء الوقف من غير أن تترتب عليه آثاره فى الحال ، بل تتأخر إلى زمن مستقبل أضيفت إليه . مثل أن يقول الواقف : وقفت هذه الأرض لينفق منها على الطلاب المحتاجين من أول العام الدراسى المقبل . فان هذه الصيغة تنشىء الوقف فى الحال . لكن آثاره وهى استحقاق الطلاب المحتاجين النفقة من ريع هذه الأرض لاتوجد إلا فى الوقت المضاف إليه

وهو أول العام . ، وحكم هذه الصيغة يختلف باختلاف الزمن الذى أضيفت إليه . فإن أضافها إلى ما بعد الموت كأن يقول · وقفت هذه الأرض على ذلك المسجد لينفق منها على مصالحه بعد موتى كان هذا الوقف وصيه تأخذ أحكام الوصية ، وتلزم الورثة إذا مات الواقف مصراً على وقفه ولم يرجع عنه ، لأن العبرة فى العقود والتصرفات للمعانى لا للألفاظ .

وإن كانت الإضافة إلى وقت آخر غير ما بعد الموت ففى صحتها روايتان فى مذهب الحنيفة إحداها أنها تصح ويستحق الموقوف عليهم الريع من حين مجىء الوقت المضاف إليه ، والثانية أنها لاتصح فلا وقف ولا استحقاق .

ومنشأ اختلاف الروايتين ، أن الوقف يشبه الإسقاط من ناحية أنه إخراج العين الموقوفة عن ملكه ، ويشبه الإجارة من جهة أن المقصود منه انتفاع الموقوف عليهم بالريع ، ويشبه التمليكات من جهة أنه يجعل العين على حكم ملك الله تعالى بعد إخراجها عن ملكه ليملك الموقوف عليهم منفعتها ، فالشبهين الأول والثانى يصح إضافته لأن الاسقاطات والإجارة مما تصح اضافتها . والشبه الثالث لايصح إضافته لأن التمليكات لاتقبل الإضافة ، ولقد رجحوا الرواية الأولى لما فيها من التوسعة على الناس فى أوقافهم .

الصيغة المعلقة : هى التى تفيد إنشاء الوقف على تقدير وجود أمر فى المستقبل بأداة من أدوات التعلق ، فإن وجد ذلك الأمر وجد الوقف حين وجوده ، وإن لم يوجد فلا وقف فهذه الصيغة لاتدل على إنشاء الوقف ووجوده من حين صدوره . وبالأولى لاتدل على ترتيب الآثار عليه لأن المعدوم لاتترتب عليه آثار وجودية . مثل أن تقول : إن نجحت فى الامتحان وقفت هذه الدار لسكنى الطلبة الغرباء ، فإنك لم تنشىء بهذه العبارة وقفا ولم ترد ذلك ، بل قصدت بها إن تحقق النجاح فى المستقبل أنشأت الوقف وإن لم يتحقق فلا وقف .

وحكم هذه الصيغة يختلف باختلاف الشرط المعلق عليه ، فان كان المعلق عليه موت الواقف (١) يكون وصية بالوقف فيأخذ حكم الوصية فيلزم الورثة تنفيذها بعد موته إذا مات مصراً عليها من غير رجوع .

وإن كان المعلق عليه أمراً آخر غير موت الواقف فإن كان محققا حين صدوره صح الوقف وترتبت عليه آثاره لأن هذا تعليق صورى ، وهو فى الحقيقة تنجيز ، فلو قال قائل : إن كانت هذه الدار ملكى فقد وقفتها على فقراء هذه البلدة ، وتبين أن هذه الدار كانت ملكا له حين صدور الكلام منه بأن ملكها بالإرث قبله صح الوقف .

وإن كان المعلق عليه معدوما فى الحال ، ويحتمل وجوده فى المستقبل فلا يصح الوقف بهذه الصيغة مراعاة لشبهه بالتمليكات التى لا تقبل التعليق لما فيه من الخطر وهو احتمال الوجود والعدم .

فإذا قال الشخص : هذه العمارة صدقة موقوفة على فقراء الطلاب إن ملكتها فإنها لا تكون وقفاً إذا ملكها ، لأنه لم ينشىء وقفا بعبارته السابقة وإنما علقه على أمر معدوم كأنه قال : إن ملكت هذه العمارة كانت وقفا وإن لم أملكها فلا وقف .

والقانون لم يأت بحكم يخالف هذا ، بل إنه بعد ما شرط فى صحته صدور إشهاد رسمى أمام المحكمة ممن يملكه لا يتصور أن يوجد وقف معلق على أمر غير موجود

---

(١) ينبغى ملاحظة أن صحة الوقف عند تعليقه على الموت متوقفة على الاطلاق فى الموت المعلق عليه لأنه محقق لا محالة ، أما إذا علق على موت مقيد كأن يقول : إن مت فى عامى هذا أو من هذا المرض فقد وقفت أرضى هذه فلا يصح لأن المعلق عليه غير محقق الوقوع فيحتمل وجوده ويحتمل عدمه .

الشرط الثانى : ألا تكون مقترنة بشرط باطل فى وقف غير المسجد ... وهو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافى حكمه مثل ما إذا قال : وقفت أرضى هذه على المسجد على أن لى أن أبيعها وأنفق ثمنها كيف شئت مثلا ، فاذا صدرت الصيغة مقترنة بشرط باطل لا يصح الوقف ولا يترتب عليه أى أثر ، وهذا على الرأى الراجح من مذهب الحنفية ، وفى رواية عن أبى يوسف أنه يبطل الشرط ويصح الوقف ، وعلى هذه الرواية لا يشترط هذا الشرط ، وقد اختار المتأخرون هذه الرواية للفتوى. وأما وقف المسجد فلا يتأثر بهذا الشرط بالاتفاق فيصح الوقف ويلغو الشرط

والقانون لم يقر هذا الشرط لأنه لم يجعل للشروط تأثيراً فى الوقف ، بل الشرط فى نظره إما صحيح يجب الوفاء به ، وإما غير صحيح يقع باطلا ويصح الوقف وسيأتى توضيح ذلك فى بحث شروط الواقفين .

الشرط الثالث : ألا تكون مقترنة بما يدل على التأقيت . فاذا قال أرضى هذه وقف على فقراء بلدتى مدة عشر سنوات، أو وقف على هذا الملجأ إلى أن يتخرب لا يصح الوقف .

وهذا الشرط متفق عليه بين الصاحبين ، والخلاف بينهما إنما هو فى بعض صوره فن لاحظ هذه الصور ذكر الخلاف بينهما ، ولسنا هنا بحاجة إلى ذكر هـــذه التفاصيل .

وهذا الشرط يستلزم أن يكون الموقوف عقاراً ، وأن يكون آخر مصارف الوقف جهة بر لا تنقطع كالفقراء والمساكين مثلا ، وإنما اشترطوا هذا الشرط لأن الوقف شرع ليكون صدقة دائمة فتوقيته ينافى حكمه الذى شرع لأجله ، وخالف الإمام مالك فى هذا الشرط فجوز أن يكون الوقف مؤقتاً لمدة معينة ينتهى بعدها

ويعود للواقف حرية التصرف كما كان قبل الوقف .

أما القانون : فقد جاءت مادته الخامسة ببيان حكم التأبيد والتوقيت ونصها « وقف المسجد لا يكون إلا مؤبدا . ويجوز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتا أو مؤبداً وإذا أطلق كان مؤبدا . أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتا » ، وبعد أن بينت حد التوقيت فيه قالت « ويجوز للواقف تأقيت وقفه الصادر قبل العمل بهذا القانون طبقا لأحكام الفقرات السابقة متى كان له حق الرجوع » .

فأنت ترى من فقرات هذه المادة أنه قد وافق ما كان معمولا به قبله في موضع وخالفه في مواضع .

أما الموافقة ففي وقف المسجد وما وقف عليه فإنه لا يكون إلا مؤبداً (١) ، والتوقيت فيه يكون لغوا يؤخذ ذلك من منطوق الفقرة الأولى بالنسبة لوقف المسجد أما حكم ما وقف عليه فيؤخذ من مفهوم الفقرة الثانية ، ويجوز أن يكون الوقف على ماعداه من الخيرات مؤقتا أو مؤبداً » لأنها ناطقة بجواز التوقيت والتأبيد فيما وقف على غير المسجد من الخيرات وسكتت عما وقف على المسجد ، وحكم المسكوت عنه يؤخذ إما من المفهوم ، وإما من حكم اللزوم . فقد سوى فيه بين وقف المسجد وما وقف عليه في أنه لا يكون إلا لازما ، أو من الراجح في مذهب الحنفية وهو التأبيد

---

(١) فالحنفية والشافعية يرون أن وقف المسجد لا يكون إلا مؤبدا فإذا نص عليه أو أطلق كان مسجدا ، وإذا شرط التوقيت فيه كأن يقول : جعلت هذه الدار مسجداً مدة عشر سنوات صح الوقف وبطل الشرط عند الشافعية « شرح المنهاج ج ٣ ص ٢٢٨ » وكذلك عند الحنفية، وأما المالكية فأنهم أجازوا ذلك كان مسجدا في المدة المعينة ويعود بعدها إلى ملك الواقف أو ورثته إذا مات « منح الجليل ج ٤ ص ٧٧ » .

لأن ذلك هو حكم كل مسكوت عنــه فى القانون .

وأما المخالفة : فأولا فى الوقف الخيرى على غير المسجد فانه جوز فيه التوقيت والتأبيد ، فاذا وقف شخص مالا معينا على مصحة أو ملجأ أو مدرسة أو غيرها فله أن يجعل ذلك مؤبداً وله أن يوقته لمدة معينة وإذا أطلق الوقف عن التأبيد والتأقيت كان مؤبدا عملا بالأصل ، لأن الأوقاف فى أصلها صدقات مؤبدة ، فالواقف لما لم يوقته دل ذلك على أنه أراد التأبيد .

ولقد برر واضعوا القانون جواز تأقيت هذا النوع من الوقف بأن تأبيد الوقف يقضى بحبس العين عن التداول . وقد يؤثر ذلك أثراً سيئاً فى الثروة العامة .

والقانون فى هذا أخذ بمذهب المالكية القائلين بجواز أن يكون الوقف مطلقاً مؤبداً أو مؤقتاً بوقت معين .

وثانيا : فى الوقف الأهلى فقد شرط فيه أن يكون مؤقتاً . والمخالفة هنا أشــد منها فى الحالة السابقة ، لأنه نقل فيها الوقف من حالته الأولى إلى حالة أخرى نقيضها وهى منع التأبيد ، وليس لهذا سند من أى مذهب من مذاهب القائلين بمشروعية الوقف ، لأنهم ما بين مشترط للتأبيد وما بين مجوز للتوقيت وإما منع التأبيد باشتراط التوقيت فلا نعلم أحداً ذهب إليه منهم .

ولقد برر واضعوا المشروع هذا الاشتراط بما جاء فى مذكرته التفسيرية .

إن فى هــذا الوقف حجراً على الموقوف عليهم وخاصة الأجيال المقبــلة الذين لا يعرف الواقف من أمرهم شيئاً ولم يتبين له من أخلاقهم وتصرفاتهم مايبرر حجره عليهم . بل إن أكثر الطبقات من الموقوف عليهم لا يخلقون إلا بعد موته ، هذا إلى أن التأبيد كثيراً مايجر إلى ضآلة الأنصبة ، ويتبع ذلك عدم الاكتراث بالوقف وإهمال شئونه ثم ضياعه أو تخربه — . . وهذه العوامل مجتمعة تقضى بأن الخير فى

أن يكون الوقف الأهلي مؤقتاً لا تأبيد فيه ، وأن يكون تأقيته لمدة مقبولة .

وثالثاً : أنه جوز للواقف أن يؤقت فى وقفه الذى صدر منه قبل العمل بالقانون إذا كان له حق الرجوع فيه .

ومن هذا التفصيل ندرك أن حكم تأبيد الوقف وتوقيته مرتبط بلزومه وعدمه فكل وقف لازم لا يكون إلا مؤبداً ، وكل وقف غير لازم لا يلزم فيه التأبيد إذا استثنينا الوقف الأهلي المشترط فيه التوقيت وكذلك فى الأوقاف السابقة . كل وقف لازم لا يجوز فيه الرجوع لا يجوز توقيته والعكس صحيح .

الشرط الجديد فى القانون

لم يشترط الفقهاء فى الصيغة لصحة الوقف غير ما تقدم من شروط متفق عليها ، أو مختلف فيها ، فإذا توفرت هذه الشروط مع الشروط الأخرى صح الوقف وترتبت عليه آثاره . سواء كتب به ورقة أو لم يكتب . صدر به إشهاد رسمي أو لا .

ومع أن بعض الفقهاء شرط لصحة التصرف كتابته إلا أنه لم يوجد فقيه من فقهاء المسلمين شرط لصحة الوقف ، أو أى تصرف من التصرفات صدور إشهاد رسمي به .

ولقد كان العمل على هذا بالمحاكم المصرية قبل صدور قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ . فكان الوقف يعتبر صحيحاً فى نظر القضاة ، فتسمع الدعوى المتعلقة به مادام المدعى عليه معترفاً به غير منكر له . سواء وجد إشهاد رسمي أو لم يوجد ، ولم يكن يشترط فيه حينذاك وجود الإشهاد الرسمي إلا فى حالة الإنكار .

وهذا الاشتراط حكم إجرائي لا علاقة له بصحة الوقف ، لأنه شرط لسماع

الدعوى فى هذه الحالة . فالقضاة ممنوعون من سماع الدعوى المتعلقة بالوقف والسير فيها عند الإنكار إلا إذا وجد به إشهاد رسمى كما تقضى بذلك المادة ١٣٧ [١] — من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ولكن الحوادث دلت على أن اعتبار الوقف صحيحاً من غير صدور هذا الإشهاد سبب وجود كثير من الدعاوى الباطلة الملفقة ، استعان أصحابها بشهود الزور — وما أكثرهم — حتى ضج الناس بالشكوى ، فكان الواحد يدعى أن هذا العقار موقوف أو أنه مستحق فيه من غير أن يكون لتلك الدعوى ظل من الحقيقة ، ويؤيد دعواه بشهادة شاهدين ممن اتخذوا شهادة الزور طريقا للكسب غير المشروع . والقاضى مضطر إلى سماع هذه الدعوى والسير فيها ما دام لم يوجد إنكار من المدعى عليه ، وما كان هؤلاء المضللون يعجزون عن إثبات إقرار للمدعى عليه بشتى الطرق كى تسمع دعواهم من غير طلب لإشهاد رسمى بالوقف ، فكثيراً ما بحثوا عن كلمة عابرة صدرت منه تدل

---

(١) ونصها « يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله أو الإدخال أو الاخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه إلا إذا وجد بذلك إشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله كالمبين فى المادة — ٣٦٤ — من هذه اللائحة وكان مقيداً بدفتر إحدى المحاكم الشرعية المصرية .. وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر .

ولا يعتبر الإشهاد السابق الذكر حجة على الغير إلا إذا كان هو أو ملخصه مسجلا بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة — ٣٧٣ — من هذه اللائحة »

وهذه المادة لم تلغ بقانون إلغاء المحاكم الشرعية لكن المادتين ٣٦٤ ، ٣٧٣ — ألغيتا بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ الخاص بتعديل قانون التوثيق . فمادته الثانية تقول تلغى المواد من ٣٦٢ إلى ٣٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

على إقراره بالوقف. كلمة عابرة لم يقصدها صاحبها، ولم يرد بها الإقرار بالوقف، بل ولا خطر له ذلك على بال. كلمة صدرت منه فى محضر قضية أخرى، أو محضر تحقيق فى النيابة أو غيرها.

وتلافيا لهذا التحايل اتجه المشرع إلى عمل حاسم يقطع به الطريق على هؤلاء المضللين فجعل من الحكم الإجرائى — وهو اشتراط وجود إشهاد رسمى لسماع الدعوى عند الإنكار — حكماً موضوعياً بأن جعل هذا القيد شرطا لصحة الوقف.

كما أنه وجد أن اعتبار الوقف صحيحاً من غير هذا الإشهاد يجعل الوقف غير متناسق مع التصرفات العقارية الأخرى، حيث ينفرد بحكم خاص لا مبرر لوجوده.

فقانون الشهر العقارى ينص فى مادته التاسعة على «أن جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم :

لهذين السببين وللمحافظة على الوقف الخيرى المؤبد من أن تمتد إليه يد الطامعين إذا ما طال عليه الزمن جاء فى مطلع قانون الوقف الحكم بضرورة صدور اشهاد رسمى به، فمادته الأولى تقول : « من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه ولا التغيير فى مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة.

فهذه المادة جعلت صحة إنشاء الوقف أو الرجوع فيه والتغيير فى مصارفه وشروطه

موقوفة على صدور اشهاد رسمى ممن يملكه أمام محكمة شرعية مصرية وضبطه فى دفتر تلك المحكمة .

فإذا صدر واحد منها بغير هذا الإشهاد لا يكون له وجود فى نظر القانون حتى ولو كان مستوفيا لشرائطه كلها فى نظر الفقهاء (١)

وينبغى أن يلاحظ هنا الأمور الآتية .

الأول : أن القانون لم يشترط إلا ضبط الاشهاد بدفتر المحكمة دون تحرير سنده أو تسجيله ، فإذا سمع الاشهاد بالوقف وضبط بدفتر المحكمة كان صحيحاً قانوناً وترتب عليه أثره سواء حرر سنده أو لم يحرر سجل أو لم يسجل .

فيكون للموقوف عليه جميع الحقوق الواردة فى كتاب الوقف من استحقاق الغلة والثمرة والانتفاع بها .

وهذا لا يتنافى مع ماجاء بقانون الشهر العقارى من وجوب شهرها بطريق التسجيل ، لأن ثبوت الحقوق المترتبة على التصرف شىء وانتقال الحق العينى شىء آخر ، فقد استقرت أحكام محكمة النقض على أن بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهرة

(١) الاشهاد فى عرف المحاكم الشرعية « حين صدور القانون » عبارة عن إنشاء التصرف لدى من له الحق فى سماعه من قضاة المحكمة أو من موظفيها . وكثيرا ما يطلق لفظ الاشهاد فى العرف على الوثيقة التى يحرر فيها إنشاء التصرف

وتدوين الاشهادات بالمحاكم ثلاثة أنواع كما هو نص المادة ٣٦٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة .

١ — ضبط الاشهادات وهو كتابتها بدفاتر المضابط — ٢ — تحرير سندات الاشهاد وهو كتابة صورها بالأوراق المدموغة مطابقة لأصلها — ٣ — تسجيل السند أو الحكم . وهو كتابة ، ما به حرفيا بالسجلات أو حفظ صورها الشمسية .

يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ما عدا انتقال الحق العينى فيتراخى هنا هذا الانتقال حتى حصول التسجيل .

الثانى : أن ظاهر عموم لفظ الوقف فى المادة الأولى شامل لوقف المسجد لكن هذا الظاهر غير مراد للشرع ، فوقف المسجد صحيح وإن لم يصدر به إشهاد رسمى .

يدلنا على ذلك. أن اللجنة المكلفة بوضع هذا القانون وغيره من مسائل الأحوال الشخصية مكلفة بأن تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية (١) ، ومنعت من أن تأتى بحكم يخالف تلك المذاهب . كما جاء فى قرار تشكيلها .

والفقهاء مختلفون فى وقف غير المسجد مابين مانع ومجيز ، والمجيزون مختلفون فى لزومه ، ومع اختلافهم هذا متفقون على أن وقف المسجد صحيح ولازم متى تحققت شرائط الوقف الشرعية لم يخالف فى ذلك أحد .

فاذا كانت اللجنة قد اتخذت من خلاف الفقهاء فى وقف غير المسجد سنداً لها فى اشتراط صدور الإشهاد الرسمى فى صحة هذا الوقف بحيث إذا صدر به الإشهاد كان صحيحاً عملا بقول المجوزين له ، وإذا لم يصدر به الإشهاد كان غير صحيح عملا بقول المانعين فى أئمة التابعين .

إذا فعلت ذلك فى وقف غير المسجد فلن تستطيع فعله فى وقف المسجد لأنها لو شرطته لأدى إلى القول بعدم صحة وقف المسجد فى حالة عدم صدور الاشهاد به ، وهو مالم يقل به أحد من فقهاء المسلمين ، فتكون قد خالفت الاجماع وأبطلت حكما مجمعا عليه .

---

(١) إذا كان مصدر هذا القانون هو مذاهب الفقهاء ، ومصادر القوانين من أهم مايرجع إليه فى تفسير معانيها ، وتحديد المراد منها . فيجب أن تحمل هذه المادة على غير وقف المسجد .

وعلى هذا يكون وقف المسجد مسكوتا عنه فيرجع إليه إلى الراجح من مذهب الحنفية وهو يقرر أن وقف المسجد صحيح لازم من غير توقف على صدور اشهاد رسمي به.

الثالث : أن القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ ألغى المادة ٣٦٣ من لائحة المحاكم الشرعية كما ألغى أقلام التوثيق بتلك المحاكم.

فمادته الثانية تقول : « تلغى المواد من ٣٦٢ - ٣٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية » .

ومادته الثانية تقول : « تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية كما تلغى عملية التوثيق بالمجالس الملية وتحال إلى مكتب التوثيق جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها »

الفصل الثانى

فى شروط الواقف

يشترط فى الواقف أن يكون من أهل التبرع لأن الوقف إما إسقاط أو تبرع. وفى كل إخراج للملك لا فى نظير عوض ، وأهلية التبرع المعبر عنها بكمال الأهلية تتحقق إذا توافر فى الشخص أربعة شروط .

الأول : أن يكون حراً فلا يصح الوقف من الرقيق لأنه لا ملك له يتبرع به أو يسقطه . بل هو مملوك لسيده .

والثانى : أن يكون بالغاً . والبلوغ يكون بظهور أماراته أو ببلوغ السن وهو خمس عشرة سنة للفتى والفتاة على ما هو المعمول به الآن ، وعلى هذا لا يصح وقف الصبى سواء كان مميزاً أو غير مميز لأن غير المميز ليس أهلا للتصرفات مطلقا ، والمميز ليس أهلا للتبرعات .

والثالث : أن يكون عاقلا والمراد به كمال العقل ، فلا يصح الوقف من فاقده كالمجنون أو ناقصه كالمعتوه (١) ، ويلحق بذلك من حصل خلل فى عقله بأى سبب من الأسباب ، وإنما اشترط ذلك لأن صحة التبرعات أو مافى معناها من الإسقاطات تتوقف على كمال العقل .

الرابع : أن يكون رشيداً والرشد فى اللغة بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال.

---

(١) المعتوه هو من اختلط كلامه فمرة يشبه كلام العقلا ومرة يشبه كلام المجانين. ومن الفقهاء من قسم العته إلى قسمين : أحدهما هذا ، والثانى هو اختلال فى العقل كالجنون ، ولا يفارق الجنون إلا فى أنه صامت ولذلك يقال له الجنون الصامت .

والفقهاء من الحنفية يريدون به أن يكون الشخص حسن التصرف فى المال من الوجهة الدنيوية ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية ، والشافعية يعتبرون الأمرين معاً .

وهذا الرشد لم تحدد له سن عند الفقهاء لأنه قد يصاحب البلوغ ، وقد يتأخر عنه قليلا أو كثيراً حسبما يكون للشخص من سابق خبرة وتمرين فى شئون المال وأحوال الناس ، فمناط الحكم على الشخص بالرشد عندهم هو تحقق حسن تصرفه على مقتضى العقل والشرع ، فإذا بلغ على هذه الحالة كان كامل الأهلية وصح وقفه ، وإن بلغ سفيهاً أو مغفلا حجر عليه ، وإذا تم الحجر لا يصح منه الوقف لعدم أهليته للتبرع.

ولقد كان العمل جاريا على صحة وقف السفيه والمغفل على نفسهما أولا ثم من بعده على جهة بر إذا أذنت المحكمة الحسبية بذلك ، ولكن بعد إلغاء الوقف الأهلى أصبح الحكم عدم جواز وقف المحجور عليه .

والسفيه هو الذى ينفق أمواله فى وجوه لا تتفق مع العقل والشرع ، فيكون بذلك مبذراً متلافاً ، والمغفل هو الذى يغبن فى البياعات ، ولا يهتدى إلى الرابح منها لجهله بشئونها .

والقانون حدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية واعتبر الشخص قبلها قاصراً ، فإذا بلغها من غير سفه ولا غفلة كان كامل الأهلية . فقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ يقول فى مادته الأولى : « القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد وهى إحدى وعشرون سنة كاملة » وفى الثانية: « ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد ، ومع ذلك فإذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز له بإذن من المحكمة أن يتسلم كل هذه الأموال أو بعضها لإدارتها بعد سماع أقوال الوصى ، ومن بعده قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يقرر مثل ذلك .

وقانون الوقف لم يتعرض لبلوغ الواقف سن الرشد قانوناً ، وليس معنى هذا

عدم اعتباره . لأن هذا القانون ليس قانوناً شاملا لكل أحكام الوقف، بل هو علاج لمواضع الشكايات فيه . بدليل أن قانون الوصية قد نص على اشتراط ذلك فى الموصى فى مادته الخامسة (١)

هذه الشروط الأربعة المحققة لكمال الأهلية لا بد منها لصحة الوقف ، ويجب على الموثق أن يتأكد من وجودها قبل كتابة الإشهاد بالوقف حتى إذا ما ثبت أن الواقف كان فاقداً لواحد منها حين وقفه اعتبر وقفه باطلا لا يترتب عليه أى أثر من وقت صدوره منه .

وهناك امران : لها تأثير فى تصرفات الشخص : هما الدين ومرض الموت فهل لها تأثير فى الوقف حتى يشترط عدمهما فى الواقف ؟ .

والجواب: أنهما يؤثران فيه لكن لا فى صحة الوقف (٢) بل فى نفاذه والمسألة فيها تفصيل وإليك البيان .

أما المدين : فإما أن يكون دينه مستغرقا لماله بأن كان الدين مساويا المال فى القيمة أو أكثر منه . أو غير مستغرق ، والمدين المستغرق إما أن يكون محجوراً عليه بناء على طلب دائنيه أولا ، وفى كل إما أن يصدر منه الوقف فى صحته أو فى مرض موته .

فإذا كان الدين غير مستغرق ووقف ما زاد عما يفى بدينه فالوقف صحيح نافذ فى حق الدائنين لا يتوقف على إجازة أحد منهم سواء كان فى صحته أو فى مرض موته .

وإن كان الدين مستغرقا والمدين محجوراً عليه بسبب هذا الدين ووقف ماله كله أو بعضه بعد الحجر عليه توقف نفاذوقفه على إجازة الدائنين . فإن أجازوه نفذ وإن لم

(١) ونصها «يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانوناً ، على أنه اذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى» .

(٢) خلافا للمالكية الذين ذهبوا إلى أن الدين المستغرق مانع من صحة الوقف سواء كان محجورا عليه أو لا .

يجيزوه كان لهم الحق فى طلب إبطاله سواء كان هذا الوقف صادراً منه فى صحته أو فى مرض موته .

وإنما توقف نفاذه على إجازتهم لأن الحجر كان للمحافظة على حقوقهم التى تعلقت بماله أيضاً بمجرد الحجر بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط ، وحينئذ يكون تصرفه فى المال بالتبرع تصرفاً فى مال تعلق به حق الغير فلو لم نراع ذلك الحق كان الحجر عبثاً لا فائدة فيه ، وتعتبر إجازتهم من وقت إنشاء الوقف .

وإن كان الدين مستغرقا ووقف قبل الحجر عليه فى مرض موته فإنه يتوقف نفاذه أيضاً على إجازتهم . وإنما توقف فى هذه الحالة لأن حقوق الدائنين تعلقت بذمته وماله معاً كما فى صورة الحجر محافظة على أموال الدائنين لاحتمال أنه تصرف هذا التصرف بقصد تضييع حقوقهم غير أن الإجازة لا تعتبر منهم من وقت إنشاء الوقف، بل بعد الموت ، لأن المرض الذى يعتبر بمنزلة الحجر هو مرض الموت فما لم يتصل به الموت لا نعرف إن كان هو أو لا . لجواز أن يبرأ منه ، وسيأتى بيان معنى مرض الموت

أما إذا وقف فى صحته فإن وقفه صحيح نافذ لا يتوقف على إجازة الدائنين لا فى حياته ولا بعد وفاته ، لأن حقوقهم لم تتعلق بالمال ، بل هى لا زالت متعلقة بذمته فقط ، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء .

وذهب المالكية : إلى أن وقفه فى هذه الحالة باطل متى ثبت تقدم دينه على وقفه.

ولقد أفتى أبو السعود العمادى[1] من الحنفية : بأن هذا الوقف موقوف على إجازة الدائنين كما فى الصورة السابقة، وتابعه بعض فقهاء الحنفية المعاصرين له ومن جاء بعدهم .

وقانون الوقف لم ينص على هذه المسألة فكان يوهم أنه بقى العمل بالراجح من

(١) هو المولى محمد العمادى مفتى السلطنة العثمانية فى زمن سليمان وسليم ولد سنة ٨٩٦ هـ وتوفى سنة ٩٨٢ هـ و كان يعتبر رئيس المذهب الحنفى فى عصره .

مذهب الحنفية وهو عدم التوقف ، ولـكن المعمول به غير ذلك وهو يوافق ما ذهب إليه المالـكية وما أفتى به المتأخرون من الحنفية . فى كونه غير نافذ .

ولعل السر فى إهمال قانون الوقف النص على ذلك . أن هذه المسألة كانت من اختصاص المحاكم الأهلية فى هذا الوقت . كما ورد فى المادة ١٦ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ فتركها ليعمل فيها بالقانون المدنى الذى بين ذلك فى المادة (١) ٢٣٨ .

وأما المريض مرض الموت : فقد عرفنا حكم وقفه إذا كان مدينا وهو أنه يتوقف نفاذه على إجازة الدائنين فى الدين المستغرق من وقت إنشاء الوقف إذا كان محجورا عليه ، ومن بعد الوفاة إذا لم يكن محجوراً عليه ، وإذا كان الدين غير مستغرق فانه يتوقف فيما يتعلق به الدين ، وما زاد عليه لايتوقف فيه ، وأما إذا كان غير مدين فإن لم يكن له ورثة نفذ وقفه ولم يتوقف على إجازة أحد سواء كان الوقف لكل المال أو لبعضه لعدم تعلق حق لأحد فى المال الموقوف .

وإن كان له ورثة أخذ هذا الوقف حكم الوصية ـ على معنى أنه ينفذ من ثلث المال من غير توقف على إذن أحد وإذا مات لزم ورثته هذا القدر .

---

(١) ونصها : ١ ـ إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر لهم التصرف على علم بهذا الغش ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

٢ ـ أما إذا كان التصرف تبرعا فانه لاينفذ فى حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً . .

وأما وقفه فيما زاد على الثلث فانه ينفذ من وقت إنشاء الوقف ، ولـكنه لا يلزم الورثة بعد موته ، لأنه لما مات من هذا المرض تبين أن حق الورثة تعاق بعين المال فى ثلثيه فيكون قد تصرف فى مال تعاق به حق للغير فيتوقف على اجازتهم . إن أجازوه سقط حقهم فيه ، وإن لم يجيزوه لم ينفذ فى حقهم .

وكل وارث صاحب الحق بالنسبة إلى نصيبه ، فلو أجاز البعض ورد البعض نفذ فى حق من أجاز وبطل فى حق من رد بشرط أن يكون المجيز من أهل التبرع عالما بما يجيزه ، وأن يكون بعد وفاة الواقف .

وإنما أخذ الوقف فى مرض الموت حكم الوصية لأن المريض فى هذه الحالة مظنة أن يتهم فى وقفه وأنه يريد الإضرار بورثته أو بدائنيه .

ومرض الموت هو ما يتوفر فيه أمران .

الأول: أن يكون من الأمراض التى يغلب فيها الموت عادة حسب تقرير الأطباء.

الثانى : أن يتصل الموت به من غير برء مدة طويلة قدرت بسنة حتى ولو كان الموت بسبب آخر غير المرض ، فلو اختل أحد الأمرين كأن يـكون المرض بسيطا كوجع الرأس أو العين أو الأسنان ، أو ما شابه ذلك فإنه لا يـكون مرض موت وإن اتصل به الموت ، أو كان المرض مما يغلب فيه الموت لـكنه لم يتصل به الموت فلا يعتبر مرض موت شرعا ، ويكون وقفه كوقف الصحيح غير المحجور عليه فى أنه يكون نافذا من حين صدوره ولا يتوقف على إجازة أحد .

هذا ما يشترط فى الواقف لصحة الوقف ، وأما الإسلام فليس بشرط لأن غير المسلم يصح وقفه ، وسيأتى تفصيل ذلك عند الـكلام على شروط الجهة الموقوف عليها .

الفصل الثالث

فى شروط الجهة الموقوف عليها

قدمنا أن الوقف يصح من المسلم وغير المسلم ، وأنه فى أصل تشريعه صدقة كما جاءت به الأحاديث فهو عمل يتقرب به العبد إلى خالقه ، وعلى هذا لابد أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة خير وبر حتى يعتبر الانفاق عليها قربة لله باتفاق الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فى نوع القربة المشروطة . أهى القربة فى نظر الإسلام فقط أم فى اعتقاد الواقف أم فيهما معا . ؟؟

ذلك لأن الشىء إما أن يكون قربة فى نظر الأديان السماوية كلها كالبر بالفقراء ، أو يكون قربة فى نظر الإسلام فقط كإنشاء المساجد ، والإنفاق عليها ، أو لا يكون قربة باتفاق الأديان مثل إنشاء دور اللهو المحرم والإنفاق عليها .

والواقف إما أن يكون مسلما أو غير مسلم .

وتفصيل الكلام . أن الجهة الموقوف عليها إن كانت قربة فى نظر الإسلام وغيره ، وبعبارة أخرى فى اعتقاد المسلمين وغيرهم . كوقف الملاجىء . والمدارس والمستشفيات ، والوقف عليها ، أو على الفقراء والمحتاجين سواء كانوا مسلمين أو غيرهم صح الوقف عليها باتفاق الفقهاء سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم ، ويلحق بذلك الوقف على المسجد الأقصى وهو بيت المقدس . فإنه قربة فى اعتقاد أهل الأديان الثلاثة . الإسلام والنصرانية واليهودية .

وإن كانت هذه الجهة ليست قربة عند الجميع . كالوقف على أندية القمار

مثلا ، فإنه لايصح الوقف سواء كان الواقف مسلما أو غير مسلم .

وإن كانت قربة فى نظر الإسلام فقط صح وقفها من المسلم باتفاق المذاهب كالوقف على المساجد ومقارىء القرآن وإعانة الحجاج ونحو ذلك ، وإما وقفها من غير المسلم فيصح عند الشافعية والحنابلة ولايصح عند الحنفية والمالكية.

وإن كانت بعكس السابقة . أى أنها ليست قربة فى حكم الإسلام لكنها قربة فى اعتقاد غير المسلم فلا يصح وقفها من المسلم بالاتفاق ، ويصح وقفها من غير المسلم إذا وافقت اعتقاده عند المالكية ، ولايصح عند الأئمة الثلاثة .

فالحنفية يشترطون أن تكون قربة فى حكم الإسلام واعتقاد الواقف معا ، فإذا انتفى الأمران أو أحدهما لم يصح الوقف .

وبناء على هذا صح وقف المسلم على جميع شعائر الإسلام وعلى جهات البر العامة كالفقراء والمساكين والمستشفيات والملاجىء ودور العلم ، ولايصح وقفه على غير ذلك .

ويصح من غير المسلم الوقف على جهات البر العامة،ولايصح على غيرها كالقرب فى الإسلام من إنشاء المساجد والانفاق عليها وإعانة الحجاج . . الخ ،أو القرب فى دينه فقط كانشاء الكنائس ودور العبادة لهم والانفاق عليها .

والشافعية والحنابلة يشترطون أن تكون قربة فى نظر الإسلام فقط بصرف النظر عن اعتقاد الواقف . وعلى ذلك يصح من المسلم وغيره الوقف على جهات البر العامة كالملاجىء والمصحات وما شابهها وجهات البر فى حكم الإسلام فقط كوقف للساجد والوقف عليها ، وكل شعيرة إسلامية ، ولا يصح منهما وقف الكنائس ، والوقف عليها وكل شعيرة غير إسلامية .

والمالكية يشترطون أن تكون قربة فى اعتقاد الواقف فقط .

وعلى ذلك يصح الوقف من المسلم على جهات البر العامة لأنها قربة فى اعتقاده ، ويصح من المسلم الوقف على كل شعيرة إسلامية فقط ، ويصح من غير المسلم الوقف على شعائر دينه كالكنائس ودور عبادتهم ، ولا يصح منه وقف المساجد ولا الوقف عليها وكذا بقية شعائر الإسلام .

توجيه هذه المذاهب .

أما مذهب المالكية الشارط أن تكون الجهة قربة فى اعتقاده فلأن الوقف تصدق فى سبيل الله فما لم يكن الواقف معتقداً كون هذه الجهة قربة لايكون تصدقا فلا يكون وقفا .

أما الشافعية والحنابلة : فانهم نظروا إلى أن الوقف مشروع فى الإسلام ، ولم يشرع فى غيره من الشرائع الأخرى ، وهو وان كان صدقة إلا أنه صدقة خاصة فيقتصر فيه على مايعتبره الإسلام قربة .

وأما الحنفية فقيد راعوا الأمرين معاً

وقبل صدور القانون كان العمل بمذهب الحنفية ، فما كان يصح من غير المسلم أن يقف على قربة فى اعتقادة فقط ، أو فى حكم الإسلام فقط ، وبعبارة أوضح ما كان يصح من غير المسلمين وقف المساجد والوقف عليها وما شاكلها من الشعائر الإسلامية ، كما كان لايصح وقفهم الكنائس أو الوقف عليها ولا أى قربة فى دينهم واعتقادهم ، ومن فعل منهم شيئاً من ذلك لا يكون وقفا ، بل لايخرج عن ملكه ويورث عنه إذا مات .

لذلك كثرت الشكايات من غير المسلمين ، لأن الكثير منهم كانوا يملكون أرضاً زراعية أكثر العاملين فيها مسلمون ، أو مصنعاً أكثر عماله من المسلمين ومن الواجب عليهم أن ييسروا لهؤلاء العمال أداء الشعائر الدينية فلم يمنعون من إنشاء المساجد والوقف عليها ، ؟ ولم يمنعون من وقف الكنائس والوقف عليها مع أنهم والمسلمين أمام القانون سواء متساوون فى الواجبات فكيف يفرق بينهم فى الحقوق ؟؟

هذه المسألة عالجها قانون الوقف ، فأباح لهم الوقف مالم تكن الجهة الموقوف عليها محرمة فى شريعتهم وفى شريعة الإسلام معاً . كما صرحت بذلك المادة السابعة ونصها (١)

« وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية » .

---

(١) المراد بغير المسلم هو ما كان له شريعة كاليهودى والنصرانى مثلا . يدل لذلك التقييد عبارة « مالم يكن جهة محرمة فى شريعته وفى الاسلام معا »

أما غير المسلم الذى لاشريعة له فسكوت عنه فيرجع فيه إلى الراجح من المذهب الحنفى كالمرتد مثلا .

والمراد بالمحرم فى الشريعة الاسلاميه ماكان محرما فى جميع المذاهب المعتبرة بلا خلاف .

أما ماكان محرما فى بعض المذاهب مباحا فى البعض الاخرفلا يعتبر محرما فى نظر القانون لأن القانونلم يلتزم مذهبا معينا للتيسير على الناس فى أوقافهم فلو اعتبرنا المحرم فى مذهب بعينه لفات التيسير المقصود للمشرع.

والمراد بالمحرم فى الشرائع الأخرى ماكان محرما فيها ولو كان أصحابها يعملون به .

فهذه المادة أباحت له الوقف ، ولم تستثن إلا الوقف على الجهة المحرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية ، فيدخل فى هذا الوقف على الجهات التى حرم الإنفاق عليها فى جميع الشرائع السماوية كدور اللهو المحرم ، كما يدخل وقف اليهودى على شعيرة من شعائر الدين المسيحى ، ووقف المسيحى على شعيرة فى الدين اليهودى لأن كل ذلك يصدق عليه أنه محرم فى شريعته وفى شريعة الإسلام .

وهذه المادة خليط من المذاهب الفقهية فأخذت صحة وقفه لما هو شعيرة إسلامية من مذهب الشافعية والحنابلة ، وصحة وقفه لما هو شعيرة فى دينه من مذهب المالكية ، وما هو قربة فى دينه وفى الإسلام مما اتفقت عليه المذاهب كلها ، ومنعته مما هو محرم فى شريعته وفى الإسلام معاً مما اتفقت عليه المذاهب كلها .

وعند مناقشة هذه المادة فى مجلس النواب أثار أحد النواب مسألة وقف غير المسلم على التبشير ، وأن منطوق المادة يفيد صحته لأنه ليس محرما فى شريعته وأجاب مندوب وزارة العدل بأن الاعتراض صحيح ومرتب على منطوق المادة ، ثم قال : والذى أراه أن التبشير يخضع لحكم النظام العام فى الدولة ، فاذا كان هذا النظام يراه جائزاً أو غير مخالف لدين الدولة الرسمى فلا سبيل إلى منعه وإلا فهو غير جائز .

الفصل الرابع

فى

الشروط المتعلقة بالمال الموقوف وفيه مبحثان

المبحث الأول

فيما يشترط فى المال الموقوف لصحة الوقف

يشترط فى الموقوف ليصح الوقف أن يكون مالا متقوما معلوما مملوكا للواقف حين وقفه ملكا تاما مفرزاً غير شائع ، فتلك شروط أربعة نفصلها فيما يلى :

الشرط الأول : أن يكون مالا متقوما . والمالية تتحقق بامكان حيازته والانتفاع به على وجه معتاد ، والتقوم يكون بحل الانتفاع به شرعا حالة السعة والاختيار مع الحيازة بالفعل ، فلو وقف ماليس بمال ومنه المنافع (١) والحقوق عند الحنفية لا يصح وكذلك لو وقف مالا غير متقوم كآلات الملاهى وكتب الالحاد ، وإنما شرط ذلك لأن الغرض المقصود من الوقف هو حصول النفع للجهة الموقوف عليها والثواب للواقف ، فإذا كان الشيء لا يمكن الانتفاع به أصلا ، أو أمكن فيه ذلك لكن الشارع حرمه فلم يجعل له حماية ولا حرمة انتفى ذلك الغرض .

الشرط الثانى . أن يكون معلوما وقت وقفه علما تاما بحيث لا تشوبه جهالة تفضى

---

(١) صوره وقف المنفعة : أن يوصى شخص بمنفعة داره لآخر مدة حياته مثلا فلما ملك المنفعه بعد موت الموصى وقفها .

إلى النزاع . فلو قال وقفت جزءا من أرضى على فقراء بلدتى ، أو بعض كتبى على طلاب العلم لا يصح ، وكذلك لو قال : وقفت إحدى عماراتى التى أملكها فى هذا البلد على فقراء الطلبة أو على الغرباء .

ويلحق بذلك ما إذا وقف ماله المعلوم واستثنى منه قدراً مجهولا . مثل أن يقف أرضاً فيها نخيل ويستثنى النخيل بمواضعها من الأرض ، لأن المستثنى مجهول تسرى جهالته إلى الباقى وهو الموقوف .

وإنما اشترط ذلك لأن حق الموقوف عليهم تعلق بهذا المال ، فلو كان مجهولا أفضى إلى النزاع المانع من استيفاء حقوقهم .

هذا والفقهاء لا يشترطون بيان حدود العقار الموقوف ولا مقدار مساحته إذا كان مشهورا لا يلتبس بغيره ، كأن يقول : وقفت أرضى فى ناحية كذا ولم يكن له فيها غيرها .

لكن القانون يشترط ذلك باعتبار أن ملكية العقار لا تثبت إلا بتسجيله وأن الوقف لا يصح إلا إذا كان موثقا بالمحكمة المختصة ، ولا يوجد تسجيل أو توثيق بدون تحديد وبيان لمقدار المساحة بيانا تاما .

الشرط الثالث : أن يكون مملوكاً للواقف وقت وقفه ملكا باتا لازما . ذلك لأن الوقف إما إسقاط أو تبرع ، وكل منها لا يكون إلا بعد الملك ، فإذا لم يوجد ملك أو وجد ملك غير لازم وتصرف الشخص فيه بالوقف على أنه مالك لا يصح.

أما إذا وقف مالا يملك معترفا بأنه يقف مالا يملك فإن هذا يكون صحيحا موقوفا على إجازة المالك ويسمى المتصرف فضوليا .

وبناء على هذا الشرط تخرج صور كثيرة لا يصح فيها الوقف منها .

١ — إذا أوصى شخص لآخر بدار معينة فوقفها الموصى له قبل موت الموصى فانه لا يصح حيث إن الملك فى الوصية لا يثبت إلا بعد وفاة الموصى .

٢ — إذا وقف الموهوب له المال الموهوب قبل أن يقبضه فوقفه غير صحيح ، لأن الملك لا يثبت فى الهبة إلا بعد القبض .

٣ — إذا اشترى شخص عقاراً بعقد مستوف لشروطه كلها ثم وقفه المشترى وبعد ذلك ظهر أن العقار لم يكن مملوكا للبائع حين البيع وقضى به لمالكه فان هذا الوقف غير صحيح لعدم ثبوت الملك للواقف .

٤ — إذا استحق العقار الموقوف بالشفعة وقضى للشفيع بها فإن الوقف يبطل لأن المشترى وأن ثبت له الملك إلا أنه ليس مالكا باتا لتعلق حق الشفيع به .

٥ — إذا اشترى شخص عقاراً ثم وقفه قبل أن يسجله فإن وقفه غير صحيح لأن الملك فى العقار لا يثبت قانونا إلا بالتسجيل . كما يقضى بذلك القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ .

٦ — إذا عجز مالك الأرض عن زراعتها وأداء الضرائب المفروضة عليها فاستولت الحكومة عليها لتستغلها وتستوفى حقوقها منها . فهذه الأرض لا تكون ملكا للحكومة بهذه الحيازة ، فلو وقفتها لا يصح وقفها ، كما لا يصح وقفها من الشخص الذى أخذها لينتفع بها بطريق الإجارة ، أو المزارعة . وتسمى هذه الأرض فى عرف الفقهاء بأرض الحوز .

الشرط الرابع : أن يكون المال الموقوف مفرزاً غير شائع فى غيره .

الشائع والمشاع والمُشاع هو المال المشترك غير المقسوم ، والشيوع فى الأعيان المالية هو الشركة ، والإفراز هو تخليصه من غيره بحيث يزول الاشتراك .

فمعنى وقف المشاع وقف الحصة الشائعة فى غيرها .

والمشاع نوعان . مشاع يقبل القسمة . وهو ما يمكن أن ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذى كان مقصودا منه قبل القسمة عينه أو جنسه ، ومشاع لا يقبل القسمة وهو مالا يمكن أن ينتفع به الانتفاع الذى كان مقصوداً منه قبل القسمة سواء أكان يمكن الانتفاع به بمنفعة أخرى من غير جنس الأولى أولا . فالأولى كالحصة فى أرض زراعية أو دار كبيرة ، والثانى كحصة فى بيت صغير أو آلة من آلات الحرث أو السقى أو سيارة .

حكم وقف المشاع

المشاع الموقوف إما أن يكون مسجداً أومقبرة أو غيرهما، والثانى إما أن يكون المال قابلا للقسمة أولا فهذه حالات ثلاث .

الحالة الأولى : إذا وقف الحصة المشاعة لتكون مسجدا أو مقبرة لا يصح الوقف ولا يترتب عليه آثاره إلا إذا أفرز الحصة الموقوفة وحدها ، فالشيوع مانع من جعلها مسجداً أو مقبرة لأنه لو تم وقفها مسجداً أو مقبرة وهى شائعة لكان الانتفاع بها بطريق المهايأة ، والمهايأة فيهما توصل إلى شىء فى غاية القبح ، وهو أن تكون الأرض مسجداً أو مقبرة تدفن فيها الموتى عاما ، وفى عام آخر تكون مزرعة أومربط ماشية . ولأن الشيوع يمنع الخلوص لوجه الله تعالى .

وهذا الحكم فى وقف المسجد والمقبرة بالاتفاق بين الفقهاء . وقانون الوقف لم يأت بما يخالفه .

الحالة الثانية : إذا وقف الحصة المشاعة فى مال قابل للقسمة على جهة من جهات البر .

وهذه الحالة اختلف فيها أبو يوسف ومحمد بناء على اختلافهما فى اشتراط تسليم المال الموقوف ليتم الوقف . فمحمد يشترطه فيحكم بعدم جواز هذا الوقف إلا بعد القسمة والتسليم ؛ وأبو يوسف لا يشترطه فيجوز وقف هذا المشاع .

وقانون الوقف أقر ما كان معمولا به من قبله وهو مذهب أبي يوسف ، لأنه لم يأت بما يخالفه ، وأنما أبقى القانون ذلك ، لأن هذا الشيوع لا يؤدى إلى تعطيل مصالح الوقف مادامت القسمة ممكنة فيحسم بها النزاع .

الحالة الثالثة : وهى وقف الحصة المشاعة فى مال لا يحتمل القسمة ، والوقف غير مسجد أو مقبرة ، وهذه يصح وقفها بالاتفاق بين أبى يوسف ومحمد ، لأن الإفراز الذى شرطه محمد لا يمكن هنا إلا باتلاف المال ، وعدم الانتفاع به الانتفاع المقصود ، فتفادياً لهذا الضرر أجاز وقفها مع الشيوع ؛ وينتفع بها بطريق المهايأة ولا قبح فيها.

والقانون لم يأخذ بهذا الرأى وهو ما كان معمولا به قبله ، بل عدل عنه ومنع وقفه أخذاً بمذهب المالكية . والسبب فى هذا العدول . أن الحوادث الكثيرة دلت على أن الشيوع بين وقفين ، أو بين وقف وملك فيما لا يقبل القسمة يعطل مصالح الوقف فى كثير من الحالات ، فقد يختلف الناظران ، أو الناظر والمالك ولا يتفقان على التعمير بينما يكون الوقف فى حاجة ملحة اليه ، وأحيانا يستبد المالكون الذين يسكنون أعيان الوقف فيصرفون جميع الأجرة أو أكثرها فى التعمير لمصلحتهم .

ولم يستثن القانون من هذا المنع إلا ثلاث صور أجاز فيها الوقف — كما جاء فى المادة الثامنة (١)

---

(١) ونصها : يجوز وقف العقار والمنقول : ولا يجوز وقف الحصة الشائعة فى

الصورة الاولى : إذا كانت الحصة الشائعة المراد وقفها جزءاً من عقار موقوف باقية على جهة خيرية قبل العمل بهذا القانون ، ثم وقف هذه الحصة الباقية على تلك الجهة الموقوف عليها من قبل :

كما إذا كان لشخص منزل صغير لا يمكن قسمته وقف منه نصفه شائعاً على مسجد البلدة قبل صدور قانون الوقف — وقد كان وقف هذا المشاع صحيحا حينذاك - ثم أراد وقف باقى المنزل بعد صدور القانون ، فإن وقفه على نفس المسجد صح لعدم ترتب أضرار وقف المشاع على هذا الوقف ، وإن وقفه على جهة أخرى لا يصح :

ومثل ذلك ما اذا كانت سيارة مشتركة بين شخصين فوقف كل منها حصته الشائعة لنقل المصابين إلى المصحات ، فانه يصح لعدم الضرر أيضاً ، أما إذا وقف كل واحد من الشريكين نصيبه على جهة غير التى وقف عليها شريكه فلا يصح ،

ولعل المانع من هذا الوقف قد زال بعد جعل النظارة لوزارة الاوقاف على جميع الاوقاف فيصح الوقف :

الصورة الثانية : إذا كانت الحصة الشائعة المراد وقفها جزءاً من عين مخصصة لمنفعة أرض موقوفة على جهة بر ، فإذا وقف المالك هذه الحصة الشائعة على الجهة التى وقفت عليها الارض صح ذلك الوقف ، وان وقفها على جهة أخرى لا يصح : مثـال ذلك : ساقية مشتركة مخصصة لرى أرض موقوفة على مسجد مثلا ،

عقار غير قابل للقسمة إلا اذا كان الباقى منه موقوفا واتحدث الجهة الموقوف عليها أو كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة :

ويجوز وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغله استغلالا جائزا شرعاً

فإذا وقف أحد الشركاء فى الساقية نصيبه على المسجد الموقوف عليه الارض فوقفه هذا صحيح ، ومثله وقف حصة شائعة من المرافق التى ينتفع بها الأرض الموقوفة .

وانما صح هذا الوقف مع كونه مشاعا غير قابل للقسمة لعدم وجود الضرر المانع من صحة وقف المشاع .

الصورة الثالثة : وقف حصص وأسهم شركات الأموال زراعية كانت أو صناعية أو تجارية . يستوى فى ذلك كون هذه الحصص عقارات أو منقولات أو خليطا منها ، وانما اعتبرت الشركات من المشاع الذى لا يقبل القسمة لأن قوانينها لا تبيح القسمة وافراز أسهم المساهمين ، فإذا وقف شخص أسهمه فى شركة معينة على جهة من جهات البر كالإنفاق على الطلبة المعوزين ، أو علاج المرضى الفقراء من جهة معينة مثلا صح ذلك الوقف لأنه لا يخشى منه ضرر ، ولا يترتب عليه نزاع ، لأن قوانين هذه الشركات نظمت طرق استغلال أموالها وصيانتها فلا يكون لأجنبى يد عليها وان كان ناظر وقف الحصة الموقوفة .

هذا ولم يشترط القانون فى صحة هذا الوقف إلا كون هـذه الشركات التى يباح وقف الحصص فيها تستغل أموالها استغلالا جائزاً شرعا ، كالشركات الزراعية والصناعية والتجارية ، أما الشركات التى تستغل أموالها بطرق ربوية فإنه لايجوز وقف شىء من أسهمها مثل شركات التأمين .

بقى بعد ذلك بيان هل يشترط فى الموقوف أن يكون عقاراً أولا ؟

مذهب الحنفية : أن العقار يجوز وقفه بلا نزاع . وأما المنقول فإن كان

تابعا للعقار سواء كان متصلا به اتصال قرار كآلات الرى المثبتة فى الأرض والأشجار والبناء وما به من أبواب وغيرها ، أو كان اتصاله به لا على وجه القرار كالزرع والثمر على الشجر وآلات الزراعة غير المثبتة وأثاث المنازل .

وهذا النوع من المنقول يصح وقفه تبعاً لوقف الأرض ، وبعبارة أخرى يدخل فى وقف الأرض ، إلا أن النوع الأول يدخل من غير تنصيص عليه فى الوقف ، والثانى لا يدخل إلا بالنص عليه .

وإن لم يكن المنقول تابعاً للعقار فإنه لا يصح وقفه إلا فى حالتين :

الحالة الأولى : إذا ورد النص الشرعى بوقفه كما فى السلاح والكراع « الخيل والإبل » وهذا باتفاق بين أبى يوسف ومحمد .

الحالة الثانية: إذا لم يرد به نص شرعى لكن جرى به العرف كوقف المصاحف والكتب ، والفرش للمساجد والمعابد ، فهذا جوزه محمد ، ومنعه أبو يوسف .

ولقد كان العمل قبل صدور القانون على جواز وقف العقار مطلقا ، والمنقول إذا كان تابعا للعقار أو ورد به النص أو جرى به العرف ، وأما ماعدا ذلك من المنقول فهو ممنوع ، والسبب فى هذا أن الوقف كان يشترط فيه التأبيد والذى يمكن أن ينتفع به على وجه الدوام هو العقار دون المنقول .

وإنما أبيح وقف المنقول استقلالا فى الصورتين لوجود الدليل الخاص من النص أو جريان العرف ، فهو بمثابة الاستثناء .

لكن قانون الوقف أباح وقف العقار والمنقول (١) على السواء كما جاء ذلك

---

(١) هذا مأخوذ من مذهب المالكية حيث يبيح وقف المنقول مطلقاً سواء كان تابعا أو غير تابع ورد به نص أولا لأنهم لا يشترطون التأبيد فى الوقف بل يصح أن يكون مؤقتاً ؛

صريحا فى صدر مادته الثامنة « يجوز وقف العقار والمنقول » فتراه قد خالف فى وقف المنقول إذا لم يكن تابعا ولم يرد به نص ولا جرى به عرف .

والسبب فى هذه المخالفة هو زوال المانع من وقف المنقول وهو اشتراط التأبيد ، فان القانون أجاز أن يكون الوقف الخيرى مؤبداً ومؤقتا ماعدا وقف المسجد وماوقف عليه فإنه شرط فيه التأبيد .

على أن التيسير على الواقفين يحمل على الأخذ بجواز وقف المنقول استقلالا لأن منعه يفوت على بعض الناس أغراضهم من الوقف أو يلحق بهم الضرر .

فمن له متجر أو مصنع مثلا وكان لاسمه شهرة فائقة لها دخل كبير فى الثقة والربح ، وأراد أن يقف ذلك لم يستطع حسبما كان معمولا به ، وكان عليه إذا أراد الوقف أن يستبدل به عقارا ، فهو بين أمرين إما ألا يقف وفيه تفويت لغرضه ، أو يقف بعد الاستبدال وهنا يفقد متجره وشهرته .

من أجل ذلك أباح القانون وقف المنقول مطلقا . ، وعلى هذا يصح وقف السيارات والسفن والعوامات ، بل والحبوب والنقود والحيوانات ، وكل مال منقول يمكن أن ينتفع به ، وسكت القانون عن حكم وقف المنافع والحقوق لم يتعرض له ، فيبقى حكمه كما كان معمولا به من قبل ، وهو عدم جواز وقفها أخذا بمذهب الحنفية .

هذا ولا يشترط فى المال الموقوف عدم تعلق حق للغير به ، فيصح وقف المال المرهون والمستأجر .

فلو رهن شخص ماله نظير دين عليه ، ثم وقفه بعد الرهن صح الوقف ولا يبطل الرهن ، فاذا وفى ماعليه من الدين خلص المال للوقف وصرفت منفعته للجهة

الموقوف عليها ، وإذا لم يوف عند الطلب وكان معسراً أبطل القاضى الوقف وباع الرهن وسدد الدين إذا طلب المرتهن ذلك ولم يكن للراهن مال غيره ، أما إذا كان عنده مال آخر يفى بالدين فلا يبطل الوقف ، وكذلك الإجارة لاتمنع صحة الوقف ولا تبطل به ، بل تبقى العين الموقوفة فى يد المستأجر حتى تنتهى مدة الإجارة أو يتفق على فسخها وبعد ذلك تصرف المنفعة إلى الجهة الموقوف عليها .

المبحث الثانى
فى المقدار الذى ينفذ فيه الوقف

مر التشريع فى هذا الموضوع بأدوار ثلاثة :

فقد كان المعمول به قبل صدور قانون الوقف سنة ١٩٤٦ الراجح من مذهب الحنفية وهو لم يكن يقيد الواقف فى وقفه بمقدار معين ، بل كان يطلق له الحرية فى إنشائه مادام مستوفيا لشرائطه وأركانه فنجم عن ذلك انحراف بعض الواقفين فى أوقافهم فعمدت طائفة إلى حرمان البنات وأولادهن ، وأخرى إلى قصر أوقافها على أولاد الظهور دون أولاد البطون ، وثالثة إلى حرمان هؤلاء وهؤلاء فوقفت كل أموالها على جهات الخير وغيرها ابتداء من غير تقدير للعواقب ومايلحق الأسرة من اضرار .

لذلك جاء قانون الوقف يعالج هذه المشكلة فحدّ من حرية حق الواقف فيما يوقفه .

فلم يحترم ارادته فى وقف جميع أمواله الا إذا لم يكن له ورثة من ذريته ووالديه وزوجه أو أزواجه وقت وفاته .

فان كان له واحد من هؤلاء وجعل الوقف له صح وقفه ونفذ ، أما اذا جعله لغير ورثته فانه لا ينفذ الا فى حدود ثلث ماله وقت وفاته ويجعل باقيه لورثته .

كما جاء صراحة فى المادة - ٢٣ - فهى تنص على أنه « يجوز للمالك أن يقف مالا يزيد على ثلث ماله على من يشاء من ورثته أو غيرهم أو على جهة بر .

وتـكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته ، ويدخل فى تقدير ماله الأوقاف التى صـدرت منه قبل العمل بهذا القـانون وبعده إلا إذا كانت أوقافاً ليس له حق الرجوع فيها .

ومع مراعاة أحكام المـادة ــ ٢٤ ــ يجـوز له أن يقف كل ماله على من يكون موجوداً وقت موته من ذريته وزوجه أو أزواجـه ووالديه .

وإذا لم يوجد عند موته أحـد من المبينين فى المـادة ــ ٢٤ ــ جاز وقفه لـكل ماله على من يشاء جاء هذا التقييد لغرضين .

أولهما . معالجة انحراف الواقفين فى أوقافهم .

ثانيهما : اتساق تشريع الوقف مـع تشريع الوصية التى كان مشروع قانونهـا معداً فى هذا الوقت ثم صـدر بعد قانون الوقف بزمن يسير وقد قيد مقـدار الوصية النافذة بدون توقف على إجازة الورثة بالثلث ــ كما سبق بيـــانه فى القسم الأول من الـكتاب .

ولمـا صدرت التشريعات الأخيرة بإنهاء الأوقاف على غير جهات البر ومنعت إنشاءها ومنهـا الوقف على الذرية والأقارب وقصرت الوقف على الخيرات لم يتغير الوضع بالنسبة للمقدار الذى ينفذ فيه الوقف وهو ثلث أمـواله ولـكنه تغير بالنسبة للموقوف عليه .

وأصبح للشخص فى ظل هذه التشريعات الجديدة الحرية فى وقف كل ماله على الخيرات وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه طول حياته ، فإذا لم يكن له ورثة وقت وفاته نفذ وقفه وتسلمته وزارة الأوقاف ، وإن كان له ورثة بطل وقفه فيما زاد على الثلث.

جاء ذلك موضحاً فى القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠[1] حيث نصت مادته الأولى على أنه « يجوز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته ـ وإذا كان له وقت وفاته ورثة من ذريته وزوجه أو أزواجه أو والديه بطل الوقف فيما زاد على الثلث وتكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته ، ويدخل فى تقدير ماله الأوقاف الخيرية التى صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافاً ليس له حق الرجوع فيها ويكون تقدير مال الواقف من اختصاص لجنة شئون الأوقاف المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه ، وبناء على طلب ورثته ويكون قرارها فى ذلك نهائياً ،فإذا قام نزاع بشأن صفة الوارث واستحقاقه كان لكل ذى شأن أن يلجأ إلى القضاء للفصل فى النزاع .

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات تقديم الطلبات من الورثة والمستندات اللازمة.

ومادته الثانية تلغى المادة ـ ٢٣ ـ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وكل نص مخالف لذلك .

فهذا القانون يحدد المقدار الذى ينفذ فيه الوقف على الخيرات فقط بعد وفاة الواقف ، وهو يختلف باختلاف الوضع عندالوفاة من وجود ورثة وعدم وجودهم .

ففى حالة وجود الورثة لا ينفذ الوقف إلا فى حدود ثلث المال ، وفى الحالة الثانية ينفذ كما وقع غير متقيد بقدر معين .

ثم يبيح للواقف أن يشترط لنفسه الانتفاع بريع وقفه كله أو بعضه مدى حياته فعل ذلك ليشجع الناس على وقف أموالهم وبخاصة إذا لم يكن لهم ورثة بعد وفاتهم وليزيل اللبس الذى علق بأذهان بعض الناس من أنه أصبح من غير الممكن إنشاء

---

(١) الجريدة الرسمية فى ١٦ فبراير سنة ١٩٦٠ العدد ٤٠

الأوقاف الخيرية بعد صدور التشريعات الجديدة التي أنهت الأوقاف الأهلية ، ونقلت نظارة الأوقاف الخيرية إلى وزارة الأوقاف ،وجعلت لوزيرها حرية التصرف في صرف ريع الوقف إلى الجهة التي يراها أولى من الجهة التي عينها الواقف ، وقضت بتسليم الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر للاصلاح الزراعي

وبعد ذلك صرح بأن العبرة بقيمة الثلث عند وفاة الواقف وهو ما كان مقررا من قبل

وإنما قيد بهذا الوقت لأنه الذي يعرف فيه وجود ورثة لهم حقوق تعلقت بتركة الواقف فيحافظ عليها بمنع تنفيذ الوقف فيما يمس حقوقهم

وعلى هذا يكون الوقف حين إنشائه صحيحا بأي مقدار كان ، لأننا لا ندري أيرجع عن وقفه بعد ذلك ــ وهو حق مقرر له ــ أم لا ، كما لا ندري أيكون له مال غير ما وقفه وقت وفاته أم لا يكون له غير هذا الموقوف ، كما لا نعلم أيكون له ورثة وقت وفاته أولا يكون له وارث . كل هذه أمور تحول دون الحكم ببطلان جزء من وقفه وقت إنشائه .

ثم إن القانون بين بعد ذلك الطريقة التي يقدر بها ماله وقت الوفاة والجهة التي تملك هذا التقدير .

كما نص على أن جميع أوقافه الخيرية السابقة على العمل بهذا القانون والتي جاءت بعده تدخل في تقدير أمواله لا يخرج عن ذلك إلا الأوقاف التي لا يملك الرجوع فيها وهي بعد الغاء الأوقاف الأهلية [1] تنحصر في وقف المسجد وما وقف عليه ،

---

(١) وقد كانت الأوقاف التي لا يملك الرجوع فيها في ظل قانون الوقف قبل هذه التشريعات هي وقف المسجد وما وقف عليه ، والأوقاف الأهلية التي صدرت منه في نظير عوض ، والتي صدرت ضمانا لحقوق ثابتة قبله .

لأن هذا الوقف قد خرج من يده وانقطعت قدرته عليه فأشبه ما ملكه لغيره فى حياته بعوض أو بغير عوض .

فلو وقف شخص خمسة أفدنة على مسجد بعد انشائه ، وخمسة على مصحة ، وعشرة على جهات البر الأخرى ، ثم مات عن ورثة وترك خمسة عشر فدانا غير الموقوف.

ففى هذه الحالة نصرف النظر عما وقف على المسجد ثم نجمع ما وقفه على ماتركه وننفذ الوقف فى ثلث هذا المجموع فقط بالطريقة الآتية:

٥ + ١٠ + ١٥ = ٣٠ ÷ ٣ = ١٠ أفدنة ننفذ فيها الوقف بالمحاصة بين المصحة وجهات البر الأخرى . ثلثها للمصحة وثلثاها لجهات البر ، وهكذا .

الفصل الخامس
فى
شروط الواقفين

شروط الواقفين . هى ما يمليه كل واقف فى كتاب وقفه بمحض إرادته ليعبر به عن رغباته ومقاصده فى الكيفية التى ينشأ بها وقفه والنظام الذى يتبع فيه من تولى شئونه وتوزيع ريعه . . وهذه الشروط لايمكن حصر أفرادها تبعا لتعذر حصر أغراض الواقفين ، ولكن يمكن حصر أنواعها كما فعل الفقهاء . والحنفية قسموا هذه الشروط إلى ثلاثة أقسام باطل وفاسد وصحيح ، وحكم الصيغة يختلف تبعاً لنوع الشرط المقترن بها . وهاك بيانها عندهم ، ثم بيان موقف القانون منها .

فالشرط الباطل : هو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافى مع حكمه .

كاشتراط الواقف بقاء العين الموقوفة على ملكه ، أو اشتراطه أن يكون له حق الرجوع متى شاء ، أو توقيته أو اشترط الخيار مدة معينة ، فإن الأول يخل بحقيقة الوقف التى هى حبس العين الموقوفة عن أن تكون مملوكة للعباد ، والباقى ينافى حكم الوقف الذى هو اللزوم والتأبيد .

وحكم هذا الشرط أنه يؤثر فى وقف غير المسجد بالبطلان ، فلا يترتب عليه شىء من آثاره ، وكأنه لم يكن . وهو الراجح ، وقيل يبطل الشرط ويصح الوقف وهو رواية عن أبى يوسف اختارها للفتوى بعض فقهاء الحنفية المتأخرين .

وأما فى وقف المسجد فلا يؤثر فيه ، بل يلغو الشرط ويصح الوقف باتفاق الصاحبين فالشرط الباطل فى وقف المسجد يأخذ حكم الشرط الفاسد فى جميع الأوقاف .

والشرط الفاسد هو كل شرط لا يخل بأصل الوقف ولا يتنافى مع حكمه لكنه يعطل مصلحة الوقف او يضر بالموقوف عليهم أو يكون مخالفا للشرع

فمثال مايعطل مصلحة الوقف . أن يشترط الواقف عدم الإنفاق على عمارة الوقف ، أو تقديم صرف الريع إلى المستحقين على العمارة الضرورية ، أو عـــدم الاستبدال به ولو تخرب .

ومثال الثانى . اشتراط عدم عزل الناظر ولو خان ، أو منع استئجاره لأكثر من سنة والناس لايرغبون فى الاستئجار سنة واحدة ، أو كان فى استئجاره أكثر من سنة زيادة فى الأجرة .

ومثال الثالث : أن يشترط انفاق ريعه كله أو بعضه على شىء محرم

وحكم هذا النوع أنه يصح الوقف ويلغو الشرط لا فرق بين وقف المسجد وغيره بالاتفاق .

والشرط الصحيح : هو كل شرط لا يخل بأصل الوقف ولا بحكمه ولا يعطل مصالح الوقف او الموقوف عليهم ولم يكن فيه مخالفة للشرع

وأمثلة ذلك كثيرة منها . اشتراطه أن يبدأ من غلة الوقف بعمارته ودفع الضرائب المستحقة عليه ، أو اشتراطه عزل الناظر إذا خان ؛ أو اشتراطه الاستبدال إذا تخرب الوقف أو قلت منفعته ، أو أن تكون النظارة للأرشد فالأرشد من أبنائه وذريته إلى غير ذلك .

وحكم هذا الشرط أنه يصح الوقف معه ، ويجب الوفاء به إلا فى بعض حالات استثنائية .

ومن هنا شاع على لسان الفقهاء « **شرط الواقف كنص الشارع** » ويريدون بذلك أن الشرط الصحيح يجب العمل به ، ولا تجوز مخالفته إلا لضرورة أو مصلحة راجحة ، لأنه يعبر عن إرادة الواقف ولا يخل بأصل الوقف ولا بمنفعته ولا بمصلحة الموقوف عليهم وليس فيه مخالفة للشرع ، فيعامل معاملة النص فى فهم المراد منه ، فاذا وجد عرف فيه حمل عليه ، وإن لم يوجد عرف فان وجدت قرينة تعين المراد عمل بها حتى ولو (١) خالف ذلك القواعد اللغوية ، فان لم يوجد عرف ولا قرينة اتبع فيه ما يتبع فى فهم النصوص فيجرى العام على عمومه مالم يوجد ما يخصصه ، والمطلق على إطلاقه مالم يوجد ما يقيده ، وإذا تعارض نصان فى كلام الواقف فان أمكن الجمع بينهما فبها ، وإلا جعل المتأخر ناسخاً للمتقدم .

غير أن العمل بهذه القاعدة واحترامها إلى أبعد الحدود ترتب عليه مضار كثيرة عندما طبقت على الشروط التعسفية التى كان يشرطها الواقفون للمنع والحرمان . مما زاد فى شكاية الشاكين .

ولهذا عالج قانون الوقف مسألة الشروط من أساسها .

فقسم الشروط إلى قسمين صحيح وغير صحيح ، واعتبر الوقف صحيحاً مع إلغاء الشرط غير الصحيح سواء كان باطلا باصطلاح الفقهاء أو فاسداً ، ثم خالف فى بعض الشروط فاعتبرها صحيحة مع أنها باطلة فى مذهب الحنفية وبالعكس ، فعل ذلك كنتيجة حتمية لما شرعه من الأحكام المخالفة لما كان معمولا به من قبل كإباحة الرجوع ، وعدم اشتراط التأبيد وغيرها ، وأخيراً ألغى كثيراً من

(١) وقانون الوقف أقر هذا فادته العاشرة تقول « ويحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر أنه أراده وان لم يوافق القواعد اللغوية »

الشروط التعسفية التى كان يشترطها الواقفون وتنفذها القائمون على الأوقاف باعتبار أنها صحيحة .

ففى مادته السادسة يقول : « إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط » والمذكرة التفسيرية توضح ذلك فتقول « إن الشرط الفاسد هو ما كان منافياً لأصل عقد الوقف أو كان غير جائز شرعا أو كان لافائدة فيه وماعدا ذلك فهو شرط صحيح » .

ومنافاة الشرط لأصل العقد يجب أن يراعى فيها طبيعة الوقف وأحكامه فى نظر القانون وما لا يخالفها من الراجح فى مذهب الحنفية . لأن من الشروط ما كان صحيحا قبل القانون وأصبح غير صحيح بعده ، وبالعكس ، ومنها ماهو صحيح أو غير صحيح فيهما .

فمثلا إذا شرط فى وقف المسجد أن له الرجوع فيه أو أن له بيعه متى شاء كان هذا منافيا لأصل الوقف فيكون فاسدا حيث إن وقف المسجد لازم بمجرد تمامه ، واذا شرط ذلك فى غيره من الأوقاف كان شرطاً صحيحاً ، لأن غيره ليس بلازم فى حياته.فى حكم القانون مع أنه غير صحيح فى مذهب الحنفية .

والشرط غير الجائز شرعاً : هو ما كان محرماً أو مخالفاً لمقاصد الشرع .

فالمحرم مثل أن يقف على امرأة بشرط أن تبقى خليلته مارغب فى ذلك،أو يقف على ابنه بشرط أن يقاطع والدته .

والمخالف لمقاصد الشرع ما لو وقف المسجد بشرط أن يصلى فيه جماعة معينة ، أو يقف على زوجته بشرط ألا تتزوج غيره بعد وفاته .

ومن الشروط التى لا نفع فيها . ما إذا جعل داره مسجداً على أن له أن يبيعه ويستبدل به ، وإنما كان هذا الشرط لا فائدة فيه . لأن شرط الاستبدال فى غير المسجد فيه فائدة حيث ان المقصود منها الغلة ، وقد تكون فى بعض الأوقاف أكثر منها فى البعض الآخر ، والمقصود من المسجد الصلاة فيه وهى لا تختلف باختلاف المساجد ، وكذلك كل شرط لا تظهر له فائدة وقت الوقف ، أو يتبين فيما بعد أنه لا فائدة فيه .

فأنت ترى أنه سوى بين الشرط الباطل والفاسد فى الإلغاء وصحة الوقف أخذاً بالرواية عن أبى يوسف فى الشرط الباطل ، ولأن كلا منهما شرط غير صحيح ، ولعدم ظهور وجه مقبول للتسوية بينهما فى الإلغاء فى وقف المسجد والتفرقة بينهما فى وقف غيره .

وهذا المسلك فى التقسيم مع ماقرره من أحكام تخالف المذهب كإباحة الرجوع وجواز التوقيت تبعه اختلاف فى التطبيق فى بعض الجزئيات ، فنجد بعض الشروط يصح فى نظر القانون بينما هو باطل عند الحنفية . مثل اشتراط التوقيت فى وقف غير المسجد ، واشتراط إباحة الرجوع . فانها لا تنافى حكم الوقف فى القانون وتنافيه عند الحنفية ، وقد يكون الأمر بالعكس فيحكم القانون ببطلان الشرط وهو صحيح فى المذهب . وهذا كثير فى الوقف الأهلى كاشتراط حرمان الزوجة من الاستحقاق إذا تزوجت غيره .

وكثيراً مايتفق حكم الشرط الواحد فيهما . كاشتراط التأبيد فى الوقف الخيرى ، أو اشترط الاستبدال فى غير المسجد فان هذا وما شاكله صحيح فيهما ، ومثل إشتراط الرجوع أو التأقيت فى وقف المسجد فانه غير صحيح فيهما .

مخالفة شرط الواقف ومتى تجوز ؟

عرفنا حكم الشرط بأنواعه فى مذهب الحنفية ، وأن الشرط الصحيح عندهم يجب الوفاء به ، ولا يجوز مخالفته إلا فى بعض حالات استثنائية وهى حالتان :

الاُولى : اذا كانت مخالفته لا تفوت غرض الواقف . مثل ما اذا شرط أن يشترى من ريع وقفه كل يوم طعاما معينا يوزع على طلبة مدرسة معينة واختار الطلبه أن يصرف لهم يومياً ثمن هذا الطعام جاز لناظر الوقف أن يجيبهم الى ذلك ، لأن المخالفة لا تفوت غرض الواقف حيث أنه ماقصد الا مساعدتهم على طلب العلم ، بل قد يكون دفع الثمن أنفع لهم .

ومن ذلك ما اذا شرط أن يوزع من ريع وقفه أول كل شهر عشرة جنيهات على من يسألون الناس عند مسجد معين . فان للناظر مخالفة ذلك واتفاقها على من يسألون عند مسجد آخر ، أو على من لا يسألون ويتعففون . لأن غرض الواقف معاونة المحتاجين .

الثانية : إذا أصبح العمل بهذه الشروط مؤثراً فى منفعة الوقف أو الموقوف عليهم بعد أن تغيرت الظروف . كما إذا شرط الواقف أن يعطى مرتبات معينة لموظفى مدرسة خاصة أو مسجد خاص ثم تغيرت ظروف المعيشة بحلول الغلاء محل الرخاء بحيث أصبحت هذه المرتبات غير كافية لأصحابها . وأن المصلحة فى زيادتها فهنا تجوز المخالفة ولكن بإذن القاضى لأنه هو الذى يقدر الظروف وتغييرها .

ومن ذلك ما إذا شرط الواقف ألا يغير رسم بناء الوقف عند إعادة بنائه ، ثم ظهر أن تغيير الرسم يزيد فى غلة الوقف فإنه تجوز مخالفة شرط الواقف بإذن القاضى أيضاً .

أما قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فلم يمنع من مخالفة شرط الواقف ، بل نراه في المادة — ٢٢ — ينص على أن الشرط يبطل فيما إذا كان لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو للوقف أو للمستحقين ، كما إذا شرط لاستحقاق الفقراء أن يكونوا سائلين في مكان معين ، أو اشتراطه لاستحقاق قراء القرآن أن يقرءوا في مسجد معين ، فإن أمثال هذه الشروط تكون باطلة أخذاً بمذهب الإمام ابن تيمية ، لأن العمل بها لا يترتب عليه مصلحة ، ومخالفتها لا يفوت مصلحة على أحد .

ونص المادة في فقرتها الثانية « ويبطل كذلك كل شرط لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو الوقف أو المستحقين » .

وأنت إذا أمعنت النظر في هذه الحالة التي جعل القانون الشرط فيها باطلا تجدها هي بعينها الحالة الأولى التي أجاز الحنفية فيها للناظر مخالفة شرط الواقف بدون حاجة إلى إذن القاضي .

وأما القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ فقد أجاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وإجازة المحكمة المختصة أن يصرف ريع الوقف كله أو بعضه على الجهة التي يعينها دون تقيد بشرط الواقف ، وبهذا أصبحت شروط الواقفين غير ملزمة وإن كانت صحيحة في نظر الفقه والقانون ، وسلبت قداستها التي أضفاها عليها الفقهاء في عبارتهم المشهورة « شرط الواقف كنص الشارع » .

الشروط العشرة

من الشروط التى يشرطها الواقفون فى كتب أوقافهم شروط سميت فى الاصطلاح الحديث وفى عرف الموثقين بالشروط العشرة وهى ليست موجودة بهذا العنوان فى كتب المتقدمين من الفقهاء ، ولا فى كثير من كتب المتأخرين .

ولعل بعض الموثقين وجد أن أغلب الواقفين يشرطونها فسماها بهذا الاسم اختصارا وهى كما عدها بعض الفقهاء : الاعطاء والحرمان ، والادخال والاخراج ، والزيادة والنقصان ، والتبديل والتغيير ، والابدال والاستبدال .

والمذكرة التفسيرية لقانون الوقف تعدها على الوجه الآتى

١ ، ٢ ـ الاعطاء والحرمان ـ ٣ ، ٤ ـ الادخال والاخراج ـ ٥ ، ٦ ـ الزيادة والنقصان ٧ ـ التغيير والتبديل ـ ٨ ، ٩ ، ١٠ ـ الاستبدال والأبدال والبدل أو التبادل

ومن ينظر إلى هذه الشروط وتفسيراتها التى ذكرت لها يظهر له أمران :

الأول :أنها ليست عشرة على التحقيق لتداخل بعضها فالزيادة والتفضيل بمعنى واحد ،والاخراج والحرمان كذلك

الثانى : أن هذه الشروط منها ما يرجع إلى نفس العين الموقوفة كالابدال والاستبدال فان لهما إحلال عين محل العين الموقوفة لتكون وقفا بدلها .

ومنها ما يرجع إلى مصارف غلة الوقف وكيفية توزيعها وهى الشروط الثمانية : الإعطاء والحرمان، والتفضيل والتخصيص،والادخال والاخراج، والزيادة والنقصان .

ومن يمعن النظر يجد أنه يغنى عنها شرطان . وهما التبديل والتغيير .

ولقد كانت هذه الشروط قبل صدور قانون الوقف حقا للواقف يشرطها لنفسه ولغيره مطلقة أو مع التكرار ، فاذا لم يشرطها لم تكن حقا لأحد .

ولما أساء الغير استعمال هذا الحق وضج المستحقون فى الأوقاف بالشكوى وجد المشرع أن الفرصة قد سنحت له بعلاج هذه المشكلة ، فجاء قانون الوقف يمنع جعلها لغير الواقف وقصر الحق فيها عليه فقط . بعضها يثبت له من غير اشتراط ، وهى الشروط الثمانية التى تتعلق بمصارف غلة الوقف نتيجة لما جعله له من حق الرجوع فى وقفه والتغيير فيه :

« للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك على ألا ينفذ التغيير إلا فى حدود هذا القانون » م ١١ ف ١ وأما الابدال والاستبدال فلا يثبتان له إلا بالشرط ، فلو لم يشرطهما لنفسه لم يملك واحد منهما ، وإذا شرطهما كان له ذلك مرة واحدة ، لان التكرار لا يثبت له إلا بالشرط ، فإذا احتاج الامر إلى تكرار الاستبدال كان الحق فيه للمحكمة

جاء ذلك فى المادتين ـ ١٢ ـ ١٣ إذ تقول الأولى « للواقف أن يشرط لنفسه لا لغيره الشروط العشرة أو ما يشاء منها وتكرارها على ألا تنفذ إلا فى حدود القانون »

والثانية : « فيما عدا حق الواقف الذى شرطه لنفسه يكون الاستبدال فى الوقف من اختصاص المحكمة الشرعية ولها ذلك متى رأت المصلحة فيه »

وبعد التغييرات التى طرأت على نظام الوقف نرى أن هذه الشروط فقدت أهميتها العملية فلا داعى للاطالة فى الكلام عليها .

غير أن شرطى الابدال والاستبدال لا يزال لهما أهمية فيما بقى من الأوقاف لذلك سنخصهما بشىء من البيان مع إرجاء الكلام عليهما إلى الباب الثالث باعتبار أنهما من أحكام الوقف .

الباب الثالث

فى أحكام الوقف ـــ وفيه مباحث

تمهيد : كلمة الحكم تطلق على صفة الشيء الشرعية من كونه مشروعاً أو غير مشروع كما تطلق على صفته الثابتة له بعد شرعيته من كونه صحيحاً تترتب عليه آثاره أو غير صحيح فلا تترتب عليه الآثار ، كما تطلق على نفس الآثار المترتبة عليه . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام على حكم الوصية .

ولا خلاف بين الفقهاء القائلين بشرعية الوقف فى حكمه بمعنى صفته الشرعية من أنه أمر مندوب إليه غير واجب ولا مفروض ، كما اتفقوا على أن الوقف متى توفرت له شروطه بعد وجود ركنه ترتبت عليه آثاره ، وإذا فقد شرطاً من هذه الشروط كان غير صحيح لا يترتب عليه شيء من تلك الآثار .

ولكنهم اختلفوا فى الحكم بمعنى الآثار المترتبة عليه ، وقد سبق أن بينا شيئاً منها عند بيان حقيقة الوقف ، وقلنا إن أبا حنيفة يذهب إلى أن الأصل فى الوقف هو عدم لزومه ، وأنه لا أثر له فى العين الموقوفة فتبقى على ملكه يباح له كافة التصرفات التى كان يملكها قبل الوقف ، وإنما أثره يظهر فى التصدق بالغلة والثمرة من غير لزوم .

ويرى الامام مالك أن الوقف لا يؤثر فى نفس العين الموقوفة ، فتبقى مملوكة للواقف غير أنه يمنع من التصرف فيها تبعاً للزوم التصدق بالمنفعة والثمرة .

ويرى الصاحبان «أبو يوسف ومحمد» ، والشافعى وأحمد بأن الوقف يؤثر فى العين والمنفعة معاً فيخرج العين عن ملك الواقف ويلزمه بالتصدق بالمنفعة ، فلا يملك

الرجوع فى وقفه أصلا وإن كان يثبت له حق التغيير فى شروطه ومصارفه إذا شرط ذلك على بعض الآراء

وقد فصلنا القول باللزوم وأدلته وبينا الراجح من تلك الآراء هناك .

وكلامنا الآن يتجه نحو أمر يرتبط باللزوم ارتباطاً وثيقاً . وهو الرجوع والتغيير فى الوقف . ثم ننتقل إلى الكلام على الأحكام الأخرى مما يتعلق باستغلال الوقف وعمارته والولاية عليه .

المبحث الأول

فى الرجوع عنه والتغيير فيه

كلام الفقهاء فى هذا الموضع يتلخص فى أن الوقف إما أن يكون معلقا على موت الواقف . كقوله : إذا مت فأرضى هذه صدقة موقوفة على جهة كذا ، أو مضافا إليه ، كقوله : دارى هذه صدقة موقوفة على الفقراء بعد موتى ، أو يكون منجزاً كقوله : أرضى هذه وقف على مسجد البلدة من غير إضافة ولا تعليق .

فإن كان معلقا أو مضافا على الوجه السابق فقد اتفق الفقهاء على أنه غير لازم فى حياة الواقف فيجوز له الرجوع عنه فى أى وقت شاء ، فإذا لم يرجع عنه ومات لزم الورثة . لأن الوقف على هذه الصورة فى حكم الوصية فيأخذ حكمها ، وهى غير لازمة فى حياته .

وإن كان منجزاً والموقوف مسجداً يكون لازما باتفاق الفقهاء فلا يجوز الرجوع فيه بعد تمامه ، وإن كان غير مسجد فقد تقدم خلاف الفقهاء فيه ، وأن الراجح هو القول باللزوم . .

ولقد كان العمل قبل قانون الوقف برأى الصاحبين باعتباره الراجح من مذهب الحنفية ، وخلاصته .

أن الوقف متى وجد مستوفيا لأركانه وشرائطه أصبح لازما لا يجوز للواقف الرجوع فيه ، ولا لورثته من بعده ولو شرط ذلك فى كتاب وقفه ، كما لا يجوز له التغيير فى مصارفه وشروطه إلا إذا شرط ذلك عند الوقف ، يستوى فى هـذا الوقف الأهلى والخيرى مسجداً كان أو غير مسجد .

ولـكن قانون الوقف سار على نهـج آخر ، فأقر ذلك فى وقف المسجد فجعله لازما بمجرد صدوره لا يصح الرجوع ولا التغيير فيه حتى ولو شرطهما لنفسه ، وألحق به فى حكمه ما وقف عليه .

وأما غيرهما من الأوقاف فجعلها غير لازمة فى حياة الواقف يباح له الرجوع فيها والتغيير فى مصارفها وشروطها حتى ولو منع نفسه منهما بشرط فى كتاب وقفه ، فإذا مات من غير رجوع لزم الوقف ، فلا يملك أحد الرجوع ولا التغيير فيه ، وارثا كان أو أجنبيا شرطه الواقف له أو لم يشرطه .

ولم يقف القانون بجواز الرجوع للواقف عند حـد الأوقاف المستقبلة شأن التشريع العام ، وهو أنه يطبق على ما يـكون فى المستقبل ، بل جاوزها ورجع به إلى ما سبقه من أوقاف فجعل له أثراً رجعيا وإن كان فى دائرة محـدودة ، غير أنه لم يطلق ذلك الرجوع ، بل قيده بقيود لا يـكون له اعتبار فى نظر القانون بدونها .

كل ذلك جاءت به المـادة الحـادية عشرة ونصها .

للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك على ألا ينفذ التغيير إلا فى حدود هذا القانون .

ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بالقانون وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له أو ثبت أن هـــذا الاستحقاق كان بعوض مالى أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف.

ولا يجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ولا فيما وقف عليه .

ولا يصح الرجوع ولا التغيير إلا إذا كان صريحاً .

ولما اختلفت المحاكم فى تطبيق الفقرة الثالثة صدر القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٧ بتعديلها فصارت « لا يجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ابتداء ولا فيما وقف عليه ابتداء » .

فهذه المادة أباحت للواقف الرجوع والتغيير فى جميع أوقافه السابقة على القانون واللاحقة له ولم تستثن إلا وقف المسجد وما وقف عليه ، وبعض صـــور من الأوقاف السابقة . لكنها قيدت الرجوع بقيود ، وبعبارة أخرى جعلت لكون الرجوع معتبراً شروطاً إذا فقدها أو واحداً منها لا يكون له أثر فى الوقف ، وإليك بيان هذه الشروط .

شروط اعتبار الرجوع والتغيير فى الوقف :

الذى يؤخذ من هذه المادة ومن المادة الأولى . أن الرجوع أو التغيير فى مصارف الوقف وشروطه لا يكون له اعتبار فى نظر القانون إلا إذا توفرت الشروط الآتية .

١ — أن يكون من الواقف نفسه إذا كان أهلا للتصرفات ، لأنه حق شخصى له يجعل القانون كما صرحت المادة السابقة فى مطلعها « للواقف أن يرجع الخ . . » فيبقى ما عداه مسكوتا عنه ، وحكم المسكوت عنه يرجع فيه إلى الراجح فى مذهب الحنفية ،

وهو يقرر المنع من الرجوع والتغيير ، وعلى هذا يكون الرجوع من وكيل الواقف فى حياته إذا كان غائباً ، أو من وارثه بعد وفاته غير صحيح لا يغير صفة الوقف .

٢ - أن يكون كل منهما صريحاً بأن تصدر منه عبارة مكتوبة دالة على ما يريد كرجعت عن وقفى ، أو أبطلتـه وما شاكل ذلك ، فلو كان الرجوع غير صريح كما إذا تصرف فى الموقوف تصرفاً يحمل فى طيه الرجوع أو يحتمل الرجوع مثـل ما إذا باع العـين الموقوفة . أو وقفها على جهة أخرى من غير أن يصرح فى كتاب وقفه الجديد بأنه رجع عن وقفه الأول ، أو امتنع عن صرف الغلة إلى الجهة الموقوف عليها .

٣ - أن يصدر به إشهاد رسمى بالصـفة التى عينها القانون . فإذا كان على غير تلك الصفة يكون لغواً لا أثر له .

٤ — وأخيراً يشترط أن يكون فى حدود قانون الوقف ، فلا يتعدى به أحكامه فلو تجاوز به أحكام القانون كان باطلا . كما إذا كان الرجوع أو التغيـير فى وقف المسجد وما وقف عليه ، فإذا صدر الرجوع أو التغيير مستوفياً لهـذه الشرائط عمل به من وقت صـدوره بدون أن يكون له أثر رجعى ، فإذا وقف الشخص أرضـه على جمعية خيرية مثلا ، وصرف غلتها لتلك الجمعيـة فترة من الزمان ، ثم رجع عن وقفه فإن هذا الرجوع لا يكون إبطالا للوقف من أساسه ، فلا يجوز للواقف أن يرجع على الجمعيـة بما أنفقه من ريع الأرض ، وكذلك فى حالة التغيـير فى المصارف والشروط .

حكمة هذا التشريع :

أما جواز الرجوع فلما جاء فى المـذكرة التفسيرية من أن الحوادث دلت على أن بعض الواقفين قد تطرأ عليهم ضرورات لا يمـكن تلافيها إلا بإجازة الرجوع

فيما وقفوه كله أو بعضه ، فقد يكون الواقف حين وقفه تاجراً حسن الحال ، ثم يشرف على الإفلاس ، ولا يكون له ما يفك به عسرته ليحفظ سمعته المالية ، وقد تكون العين الموقوفة مرهونة معرضة للبيع فى الدين بالغبن ، ولو كان الوقف حرا فى تصرفه لاستطاع بيع بعضها وتخليص باقيها ،وأشباه ذلك من الأمثلة كثير ، فتيسيراً للناس وعملا بالأصلح اختار المشرع ألا يكون الواقف لازما بالنسبة للواقف فى حياته ، فله مادام حيا أن يرجع عنه ، وإذا كان للواقف الرجوع فى وقفه فله من باب أولى أن يغير فى مصارفه حسبما يريد .

وهذه البواعث التى من أجلها أبيح للواقف الرجوع عن وقفه فى حياته موجودة فى نوعى الوقف . ما صدر قبل القانون ، وما صدر بعده ، فيجوز له الرجوع من غير أن يطالب باثبات ما يبرر هذا الرجوع ، لأن الفقرة الأولى من المادة — ١١ — جعلت له حق الرجوع بعنوان أنه الواقف مادام ذلك فى حدود القانون بأن لم يكن فى الأوقاف التى منع من الرجوع فيها ، وهى ما فصلتها الفقرتان الثانية والثالثة من تلك المادة ، كما أن له حق الرجوع والتغيير فى مصاريف الوقف وشروطه حتى ولو حرم نفسه من ذلك بشرط فى كتاب وقفه .

ولا فرق بين النوعين إلا فى أن جواز الرجوع فى الأوقاف السابقة مقيد بما إذا لم يترتب على الرجوع تضييع حق على صاحبه أو إضرار بالغير (١) .

وأما منع الرجوع فى المسجد فلأن الأرض إذا صارت مسجداً أصبحت خالصة

---

(١) وذلك فى حالتين من الأوقاف على غير جهات البر .

الأولى — إذا ثبت أن الوقف كان فى نظير عوض مالى . كما إذا وقف المدين على

لله ، وخلوصها لله ينافى بقاء حق العباد فيها ، فالمسجدية ، مانعة من الرجوع باتفاق الفقهاء ، وفوق ذلك فإن تجويز الرجوع فيه يترتب عليه مايقبح شرعاً وعادة حيث يكون المكان فى وقت ما مسجدا يذكر فيه اسم الله وفى وقت يصير موضع لهو ، أو مربط ماشية (١) .

ولقد ألحق القانون بالمسجد ما وقف عليه ، وهو وإن كان من الأوقاف المختلف فيها بين الفقهاء إلا أن المصلحة اقتضت منع الرجوع فيه لما يترتب على التجويز من تخريب المساجد أو تعطيل الغرض المقصود منها . وهو إقامة الشعائر فيها . على

= الدائن وأولاده . وحرم نفسه وأولاده من هذا الوقف ، أو كان ضمانا لحقوق ثابتة قبل الواقف ، كما إذا باع شخص لقريبه عقاراً بيعاً صورياً لتكملة نصاب أو نحو ذلك ، ثم وقف المشترى هذا العقار على قريبه الذى باعه له . لأن الواقف هنا غير متبرع على الحقيقة ، بل هو متبرع صورة ، وحق الرجوع ما ثبت له إلا باعتبار أنه متبرع على الحقيقة ، وإثبات هذه الحالة يكون بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن .

الثانية — إذا وقف الشخص ماله على غيره ، وحرم نفسه وذريته من غلة هذا الوقف ومن الشروط العشرة بالنسبة لهذا المقدار ، لأن الوقف على هذه الصورة قرينة دالة على أن الواقف لم يكن متبرعا ، بل كان وقفه فى نظير عوض يمنعه من الرجوع ولا يحتاج فى هذه الحالة إلى تحقيق أو إثبات ، ويكفى وجود هذا المظهر فى كتاب الوقف لمنعه من الرجوع .

(٢) اقتصر القانون فى الاستثناء على وقف المسجد وما وقف عليه ولم يتعرض لوقف المقبرة مع أنه قريب من وقف المسجد ، فإن القبح الذى يوجد فى تجويز الرجوع فى المسجد يوجد ما يقرب منه فى الرجوع فى المقبرة ، فكان على المشرع أن يضيفها إلى المسجد وما وقف عليه فى المنع .

=

أن ما يوقف على المساجد يكون غالبا قدراً يسيراً ، ويندر أن يكون فيه غناء للواقف إذا وجد باعث مما يجوز الرجوع .

وكما لا يجوز الرجوع فيما وقف على المسجد لا يجوز له التغيير فى مصارفه حتى ولو شرطه لنفسه ، فإن هذا الشرط يعتبر باطلا فيلغى أخذاً بمذهب الحنابلة .

والمراد بوقف المسجد وما وقف عليه الذى لا يجوز له الرجوع فيه . هو ما وقف كذلك ابتداء . كأن يجعل قطعة أرض من أول الأمر مسجدا ، أو يقف أرضه لينفق منها على المسجد دون أن يجعل ريع الوقف مصروفاً أو لا لجهة من جهات البر ثم من بعدها على المسجد .

أما إذا جعل داره مستشفى مدة معينة ، ثم من بعدها تكون مسجداً فإنه يصح له الرجوع فى هذا الوقف فى مدة جعله مستشفى ، وكذلك إذا وقف أرضه لينفق منها على المستشفى مدة عشر سنوات ، ثم من بعدها على المسجد فإنه يجوز له أن يرجع عن وقفه قبل مضى السنوات العشر . وكذلك له الحق فى التغيير فى مصارفه وشروطه فى هذه المدة لأنه لا يصدق على هذا الوقف أنه وقف على المسجد ابتداء . كما جاء فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٧ المعدل للفقرة الثالثة من المادة — ١١ — من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ .

ومما ينبغى ملاحظته هنا أمران :

الأول : أن حكم الوقف الآن عدم اللزوم فيجوز الرجوع فيه للواقف يستوى فى ذلك الأوقاف السابقة على العمل بالقانون والصادرة بعده ، ولا يخرج عن ذلك

= والمادة لم تعرض لوقف الكنائس والمعابد الأخرى ، لأنها لم يتعارف وقفها قبل هذا القانون بدليل أنه لم يوجد فى سجلات الأوقاف وقف كنيسة . وما كان يباح قبله وقف الكنيسة لأن ما كان معمولا به حينذاك — وهو الراجح من مذهب الحنفية — يمنعه ، والواقع أنها أماكن للعبادة يقيمها أهلها لذلك من غير وقف » .

إلا وقف المسجد وما وقف عليه فإنه لازم لا يجوز الرجوع ولا التغيير فيه ، أما غيرها من الصور التى منع القانون من الرجوع فيها فقد كانت من الوقف الأهلى ، وقد انتهى ذلك الوقف بصدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

الثانى : أن القانون أخذ جواز الرجوع من مذهب أبى حنيفة . كما جاء بالمذكرة التفسيرية ، وقد قدمنا أن مذهبه يقضى بعدم خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف ، وأنه يملك التصرف فيها بكافة التصرفات ، وأن التبرع بالمنفعة غير لازم ، فله الرجوع عنه فى أى وقت شاء صريحا كان أو ضمنيا ، وإذا مات تورث عنه .

فهل معنى هذا أن القانون أخذ مذهب أبى حنيفة كله ؟

والجواب : أن القانون لم يأخذ بمذهب أبى حنيفة كله ، بل أخذ طرفا منه فقط ، لأنه أباح الرجوع للواقف فى حياته ، فإذا مات من غير رجوع لزم الوقف ولم يصر ميراثا ، ثم إن الرجوع لا يعتبر فى نظر القانون إلا إذا كان صريحاً .

ومعنى هذا . أن الواقف ممنوع من سائر التصرفات التمليكية كالبيع والهبة فى العين الموقوفة ، وأن المال الموقوف لا تزول عنه صفة الوقفية ما لم يوجد من الواقف رجوع صريح .

فالوقف فى نظر القانون أخرج العين الموقوفة عن ملك الواقف خروجا غير لازم ، أو على الأقل قطع حقوق الملكية التامة عنها فإن مات من غير رجوع لزم الوقف ولا ملك فيها لأحد وإن رجع فى وقفه عادت الحقوق إليه مرة أخرى . . .

وبناء على هذا لا يكون لمن ثبت له على الواقف دين بعد الوقف أن يطالب ببيع هذه العين الموقوفة فى دينه قبل رجوع الواقف الصريح بحجة أن الوقف غير لازم وأن للواقف حق الرجوع فيه . .

المبحث الثانى

فى الإبدال والاستبدال

يراد بالإبدال عند الفقهاء . بيع عين الوقف ببدل سواء كان عينا أخرى أونقوداً ويراد بالاستبدال شراء عين بدل التى بيعت لتكون وقفا بدلها[1] ، فالعين المبدلة هى المبيعة من الوقف ، والمستبدلة هى المشتراة لتكون وقفا بدلها .

وفى عرف الموثقين يراد بالاستبدال . بيع عين الوقف بالنقد ، وبالإبدال شراء عين للوقف بالنقد ، والبدل أو التبادل هوالمقايضة . أى بيع عين الوقف بعين أخرى

وقد اتفق القانون مع مذهب الصاحبين من الحنفية على أن هذا التصرف يملكه الواقف إذا شرطه لنفسه عند إنشاء وقفه كما يملك تكراره بالشرط أيضاً فاذا لم يشرطه يكون الحق للقضاء .

غير أن الاستبدال فى الحالتين له كيفية خاصة وقيود لابد من بيانها واليك البيان مذهب الحنفية أثبت هذا الحق للواقف إذا شرطه لنفسه ، فله فى هذه الحالة أن يبيع أى عين من أعيان الوقف بالنقود أو مقايضة . وتكون النقود فى الحالة الأولى

---

(١) هذا إذا جمع بين اللفظين فى كتاب وقفه، كأن يقول : على أن لى حق الإبدال والاستبدال ، أما إذا لم يجمع بينهما واقتصر على ذكر أحدهما فقط . كأن يقول على أن لى الإبدال مثلا فإنه يراد به معنى المعاوضة المتضمن إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها فى نظير عوض يكون وقفا بدلها .

هى عين الوقف فيشترى بها عين أخرى ولا يصرف منها شىء للمستحقين لأن حقهم فى الريع لا فى عين الوقف ، ويكون مال البدل أمانة فى يد المتولى كعين الوقف ، وفى حالة المقايضة تكون العين المشتراه وقفاً بمجرد تمام الشراء ولا يشترط فى هذا التصرف أى شرط ، ولا يتوقف على إذن القاضى . لأنه ثبت للواقف بالشرط باعتبار كونه واقفاً . فله الاستبدال سواء أكان الموقوف عامراً له ريع كبير أو قليل ، أم كان متخربا لا ريع له .

فإذا لم يشرطه الواقف لنفسه أو نهى عنه فلا يملك أحد هذا الاستبدال إلا القاضى فإنه يثبت له إذا وجد مسوغ يقتضيه وذلك فى حالتين :

الأولى : إذا اقتضت الضرورة ذلك كأن تصبح العين الموقوفة غير منتفع بها بأى سبب من الأسباب . أو يقل الانتفاع بها بحيث تصبح غلة الوقف لا تكفى لنفقاته ولم يكن للوقف ريع يعمر به ، ولم يرغب أحد فى استئجار العين الموقوفة ودفع أجرتها مقدما ليعمر بها . ففى هذه الحالة يجوز للقاضى الاستبدال ويشترى بالثمن عينا أخرى تكون وقفا ، ومن الضرورة أن يحتاج إلى العين الموقوفة للمنفعة العامة كتوسيع طريق أو مسجد مثلا ، وهذه متفق عليها بين الصاحبين .

الثانية : إذا لم توجد ضرورة ولكن وجدت مصلحة . كأن يكون الوقف منتفعاً به لكن يراد استبداله بما هو أكثر نفعا سواء كانت من جهة كثرة الغلة أو كثرة الثمن ، وهذه جوزها أبو يوسف ، ومنعها محمد لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى ضياع الأوقاف ، والعمل بقول أبى يوسف .

هـــــذا والفقهاء المتأخرون أجازوا لناظر الوقف الاستبدال فى حالتين

١ — إذا غصب غاصب العقار الموقوف ، وعجز الناظر عن استرداده ولا يستطيع مقاضاته لعدم كفاية مستنداته وقبل الغاصب أن يدفع البدل . فللناظر أن يأخذ هذا البدل ولو كان أقل من قيمة العقار ويشترى به عقارا آخر ليـكون وقفا

٢ — إذا فعل الغاصب بالعقار ما يخرجه عن الانتفاع به كأن أفسد لتربة الأرض فللناظر أن يضمنه قيمة الموقوف ويشترى به غيره ليـكون وقفا .

قانون الوقف والاستبدال

إن قانون الوقف لم يخالف ما كان معمولا به قبله فى هـذا الموضوع فقد جعل للواقف الاستبدال إذا شرطه لنفسه عند إنشاء الوقف ، فله حينئذ أن يبيع أى عين من أعيان الوقف ببدل عينى أو نقدى سواء كان الوقف عامرا أو متخربا ، وسواء وجدت مصلحة فى هذا البدل أو لا ، وسواء اتحـد البدل مـع المبدل فى جنسه أو لا — يفعل ذلك بدون حاجة إلى إذن من المحـكمة لأن هذا الحق ثبت له باشتراطه ، فالقانون لم يقيده بشىء فى هذه الحـالة إلا أنه جعل صحة الاستبدال موقوفة على صدور إشهاد رسمى كما جاء فى المـادة الأولى .

أما إذا لم يشترطه لنفسه فلا يثبت له هذا الحق ، بل يـكون من اختصاص هيئة التصرفات بالمحـكمة المختصة [1] كما جاء فى المـادة ١٣ — فيما عدا حق الواقف الذى شرطه لنفسه يـكون الاستبدال فى الوقف من اختصاص المحـكمة الشرعية ولها ذلك متى رأت المصلحة فيه .

فهذه المـادة جعلت الحق فى الاستبدال للمحكمة عند عدم اشتراط الواقف

---

(١) وهى المحـكمة التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة . كما جاء فى المـادة الثالثة .

لنفسه ، وصرحت بأن هـذا الحق لها غير مقيد بقيد إلا أن يـكون فى الاستبدال مصلحة ولم تعين نوع المصلحة ، وعلى هذا لا يشترط أن تـكون المصلحة مالية أو استغلاليـة ، بل يكـفى فى جوازه وجود أى مصلحة كانت للموقوف أو للموقوف عليهم ، ويمنع إذا ترتب عليه ضرر أو لم تظهر له فائدة .

وهذا كما ترى يلتقى مع قول أبى يوسف فى جملته .

التشريع القائم الآن :

لمـا صدر القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحـة اجراءاتها جعل هذا الحق للجنة شئون الأوقاف التى شكلت بالمـادة الثانية من هذا القانون فمادته الثالثة تقول :

تختص لجنة شئون الأوقاف وحدها بالمسائل الآتية :

« أولا » طلبات البدل والاستبدال فى الوقف وتقدير وفرز حصة الخـيرات والاستدانة على الوقف وتأجير أعيانه لمدة تزيد على ثلاث سنين وتأجيرها بايجـار اسمى والبت فى هذه الطلبات جميعها بغير الرجوع إلى المحـكمة .

فهذه الفقرة صريحة فى أن حق الاستبدال والبت فيه أصبح من اختصاص لجنة شئون الأوقاف ولا دخل للمحاكم فيه ولم يستثن من ذلك إلا الدعاوى التى كانت معروضة على المحاكم حين صدور ذلك القانون حيث أبقى للمحاكم حق الاستمرار فى نظرها مالم يطلب أحد ذوى الشأن احالتها إلى اللجنة ، فأنه يتعين على المحـكمة حين الطلب أحالة الدعوى بحالتها إلى هذه اللجنة كما صرحت بذلك المـادة الرابعة ونصها :

« تستمر المحاكم فى نظر الدعاوى المعروضة عليها والتى أصبحت من اختصاص

لجنة شئون الأوقاف . بمقتضى هذا القانون مالم يطلب أحد ذوى الشأن احالتها إلى اللجنة المذكورة . وعلى المحكمة فى هذه الحالة أن تحيل الدعوى بحالتها وبدون رسوم إلى هذه اللجنة لتسير فيها وفقا لأحكام هذا القانون ».

ثم أنه يشترط فى صحة الاستبدال بوجه عام .

ألا يكون فى المبادلة غبن فاحش ولا تهمة لمن قام بها بأن يحابى بها قريباً له فان وقع ذلك كان الاستبدال غير صحيح .

ولا يشترط اتحاد البدل والمبدل فى الجنس فيجوز أن يشترى بدل العمارة أرضا زراعية وبالعكس مادام لا يترتب على ذلك إضرار بمصلحة الموقوف عليهم .

هذا وقد صدر تشريع جديد بنوع جديد من الاستبدال بالنسبة للأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر سنتكلم عليه فى الخاتمة إن شاء الله .

ومما ينبغى معرفته هنا أن مال البدل هو الثمن الذى يباع به عين الوقف فى الأحوال التى يجوز فيها البيع .

وأن حكمه حكم العين الموقوفة يكون أمانة فى يد متولى شئون الوقف لا يضمنه إلا إذا هلك بتعديه أو اهماله .

وإذا كان حكمه حكم العين الموقوفة فلا يصرف للمستحقين لأن حقهم فى ريع الوقف لا فى عينه إلا إذا كانت قيمته لا تفى بشراء عين أخرى توقف بدل الأولى فانه يعتبر الوقف منتهيا فيه ويصرف للمستحقين .

المبحث الثالث

فى طريقة الانتفاع بالوقف ولمن تصرف غلته

قدمنا فيما سبق أن العين الموقوفة لا تدخل فى ملك الموقوف عليهم إلا على رأى عند الشافعية والحنابلة ، وأن المقصود الأصلى من الوقف هو حبس العين

لينتفع بها الموقوف عليهم ، وأن الموقوف يصح أن يكون عقارا أو منقولا ، والعقار كما يكون أرضا زراعية يكون أرضا عليها بناء معد للسكنى أو للاستغلال. ومع هذا فقد يشترط الواقف كيفية خاصة فى الانتفاع وقد لا يشترط شيئاً .

من أجل ذلك اختلفت وجوه الانتفاع بالمال الموقوف . فأى هـــذه الوجوه يتبع ؟

إذا لم يكن للواقف فى كتاب وقفه نص خاص على كيفية الانتفاع بالمال الموقوف انتفع به على الوجه الذى يتبع فى مثله شرعاً وعرفاً . وهو ما يلائم طبيعته . . .

ففى وقف المصاحف ينتفع بها بالتلاوة فيها ، والكتب بالمطالعة ، وفى الأسلحة بتجهيز الجند بها ، وفى الحبوب ببيعها والاتجار بثمنها ويصرف الربح للجهة الموقوف عليها ، أو بإقراضها للمحتاجين من الموقوف عليهم ليبذروا بها أرضهم على أن يردوا بدلها وقت الحصاد ، وفى النقود بإقراضها للمحتاجين من الموقوف عليهم وأخذ الضمانات الكافية عليهم ليردوها لتقرض لغيرهم ، أو ينتفع بها بالاتجار بها على سبيل المضاربة ، ثم يصرف الربح للجهة الموقوف عليها [1].

وفى الأرض الزراعية بزراعتها بواسطة أجراء أو بالمشاركة لحساب الوقف ثم يقسم محصولها بين المستحقين أو تؤجر وتقسم الأجرة عليهم ، وفى الأراضى المبنية إما بسكنى الموقوف عليهم فيها أو باستغلالها وتقسيم الربح عليهم .

وإن كان للواقف نص خاص على كيفية الانتفاع اتبع ذلك الوجه مادام

---

(١) جاء فى كتاب الاسعاف فى أحكام الأوقاف ص ١٨ مانصه :
وفى فتاوى الناطفى عن محمد بن عبد الله الأنصارى من أصحاب زفر رحمه الله أنه يجوز وقف الدراهم والطعام والمكيل والموزون . فقيل له : وكيف نصنع بالدراهم

لا يخالف الشرع والعرف فإذا لم يكن للمال الموقوف إلا وجه واحد للانتفاع ونص عليه الواقف وجب اتباعه ، وكذلك إذا كان له وجهان أو أكثر ونص الواقف على أنه ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع كان للموقوف عليهم الحرية فى اختيار الكيفية التى يريدونها .

وإذا قيدهم بوجه خاص كأن يقف داره على الطلبة الغرباء ليسكنوها أو يستغلوها فهل تجوز مخالفة شرطه بأن يباح لهم استغلالها فى الصورة الأولى والسكنى فى الصورة الثانية أولا ؟

أما مذهب الحنفية : فيفصل بينما إذا قيدهم بالسكنى وبين ما إذا قيدهم بالاستغلال أو اطلق فإن قيدهم بالسكنى لم يكن لهم الاستغلال قولا واحداً وإن قيدهم بالاستغلال أو اطلق فى الانتفاع كان لهم الأمران على القول الراجح .

أما مذهب الحنابلة: فقد سوى بين الصور فإذا قيدهم بالسكنى أو بالاستغلال أو أطلق ولم يقيد بواحد منهما كان لهم الأمران ، لأن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليهم فيثبت لهم كافة وجوه الانتفاع ولا يتقيدون بما قيدهم به الواقف .

وقانون الوقف أخذ بمذهب الحنابلة كما جاء فى مادته الواحدة والثلاثين

= قال يدفعها مضاربة ويتصدق بالفضل ، وكذا يباع المكيل والموزون بالدراهم أو الدنانير ويدفع مضاربة ويتصدق بالفضل , وقيل على هذا ينبغى أن يجوز إذا قال وقفت هذا الكر على أن يقرض لمن لا يبذر له من الفقراء فيدفع إليهم ويبذرونه فإذا حصدوا يؤخذ ويقرض لغيرهم . وهكذا دائما . ا هـ

وابن عابدين فى رد المحتار جـ ٣ ص ٥١٧ عند الكلام على وقف الدراهم والدنانير ارتضى أن وقفها صحيح على قول محمد لجريان العرف بذلك ثم قال : وأما نسبة صحته إلى زفر فلأنه أول من قاله فى زمانه .

ونصها « يجوز استغلال الدار الموقوفة للسكنى ويجوز السكنى فى الدار الموقوفة للاستغلال ما لم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها » .

فهذه المادة صريحة فى أن الموقوف عليه لا يتقيد بما قيده به الواقف فمن وقف عليه للسكنى كان له الاستغلال وبالعكس إلا إذا كانت المصلحة فى التقييد فللمحكمة أن تمنع من استعمال هذا الحق وتقرر ما فيه المصلحة إذا رفع الأمر إليها . .

فمثلا إذا كانت الدار موقوفة للاستغلال وأراد الموقوف عليه أن يسكنها على وجه يضر بناءها أو يشوه جمالها كاتخاذها مقراً لحرفة من الحرف منعته المحكمة من ذلك ، وإذا كانت دار موقوفة على سكنى الطلبة الغرباء وأراد الناظر استغلالها وهم محتاجون إلى السكنى منع من ذلك أيضاً بقرار المحكمة .

وإنما عدل القانون عن مذهب الحنفية إلى مذهب الحنابلة ، لأن الحوادث دلت على أن العمل بمذهب الحنفية فى هذا يلحق بالموقوف عليهم الضرر فقد تكون الدار الموقوفة للسكنى فى مكان لا يلائم سكنى الموقوف عليهم من الناحية الصحية مثلا ، وقد تفيض الدار بالسكنى عن حاجة الموقوف عليهم ولا يستطيعون استغلال بعضها ، وقد تضيق الدار بسكنى الموقوف عليهم إلى غير ذلك من الأعذار .

وهنا مسألة تتعلق بطريقة الانتفاع بالموقوف وهى إجارة الوقف وكيفيتها ومن يملكها . . وقد عرض لها القانون المدنى الجديد فى المواد من ٦٢٨ إلى ٦٣٤ وهذه المواد انتهى العمل ببعضها بعد إنهاء الوقف الأهلى ، والتغيير فى نظام النظارة على الأوقاف يظهر ذلك بمجرد عرض نصوصها على ضوء ما تقدم

من أحكام الوقف ، ويلاحظ أن ما أنهى العمل به قد يكون مادة بتمامها ، وقد يكون جزءاً من مادة . .

لمن تصرف غلة الوقف ؟

إذا عين الواقف الجهة الموقوف عليها وبين كيفية التوزيع اتبع شرطه الصحيح ولا تجوز مخالفته إلا إذا كانت المخالفة لا تفوت غرض الواقف كما تقدم بيانه فى بحث شروط الواقفين .

وقد يحدث أن الواقف لا يعين الجهة التى يصرف إليها . كأن يقول . وقفت أرضى هذه لينفق منها على وجوه الخير ، أو يعين الجهة ولكنها لم توجد بعد . كأن يقف ماله لينفق منه على مسجد البلدة الذى لم يتم بناؤه ، أو وجدت ولكنها فى غنى عن هذا الوقف . كأن يقف على مستشفى البلدة وللمستشفى أوقاف أخرى يصرف عليه منها ، أو كانت محتاجة ولكن ريع الوقف يزيد عن حاجتها . هذه الحالات تعرض لها قانون الوقف .

فأجازت المادة [1] ١٩ — أن ريع الوقف أو فائضه فى هذه الحالات ينفق على المحتاج من ذرية الواقف ووالديه بقدر الكفاية ، ثم من بعدهم إلى المحتاج من أقاربه ، ثم إلى الأولى من جهات البر ، ولكن ذلك كله مشروط بإذن المحكمة .

---

(١) ونصها «إذا كان الوقف على القربات ولم يعين الواقف جهة البر أو عينها ولم تكن موجودة أو لم تبق حاجة إليها أو زاد ريع الوقف على حاجتها صرف الريع أو فائضه بإذن المحكمة إلى من يكون محتاجا من ذريته ووالديه بقدر كفايته ثم إلى المحتاج من أقاربه كذلك ثم إلى الأولى من جهات البر .

وعلل جواز الصرف إلى الأقارب بأن الوقف شرع على أنه صدقة والإنفاق على الذرية والأقارب من أعظم الصدقات فيصرف إليهم ، وإنما اشترط إذن المحكمة ليكون الناظر ملزما بالصرف إليهم ، فإن صرف إلى غيرهم كان ضامنا لأنه صرف إلى غير المستحقين .

هذا ما كان معمولا به قبل صدور القانون رقم ٢٤٧ فى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ ولكن هذا القانون جاء فعدل مصارف الأوقاف الخيرية على جهات البر فى مادته الأولى ونصها .

« إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها أو عينها ولم تكن موجودة أو وجدت مع وجود جهة بر أولى منها جاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وإجازة المحكمة الشرعية أن يصرف الريع كله أو بعضه على الجهة التى يعينها دون تقيد بشرط الواقف » .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية مايفيد أن هذا التغيير دعت إليه تغير الظروف فقد يكون الواقف عين جهة ظنها جهة بر وهى بعيدة عنه ، أو تكون ولكن غيرها أولى منها ، فالصرف على إطعام الفقراء خير من إلقاء الورود وسعف النخيل على المقابر ، والصرف على جيش مصر أولى من الصرف على جيش الدولة العلية التى زالت علة الوقف عليه ، لهذا كان من الضرورى أن يكون الإشراف على هذه الأوقاف لجهة عامة تحسن توزيع ريعها على مصارف ذات نفع عام دون تقيد بشرط الواقف حتى ولو كان هو الناظر على الوقف .

والسبيل إلى ذلك أن يترك لوزير الأوقاف حرية اختيار جهة البر التى ينفق عليها ريع الوقف بالإتفاق مع مجلس الأوقاف الأعلى متى أجازته المحكمة الشرعية ،

وبعد الغاء المحاكم الشرعية فى سنة ١٩٥٥ عدل ذلك فى سنة ١٩٥٦ فحذف اجارة المحكمة الشرعية لعدم وجودها .

ولما صدر القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ جعل هذا الحق من اختصاص لجنة شئون الأوقاف كما جاء بالفقرة الثالثة من المادة الثالثة .

« ثالثا » تغيير مصارف الأوقاف الخيرية وشروط ادارتها .

المبحث الرابع

فى الولاية على الوقف وعمارته

الأموال بصفة عامة محتاجة إلى من يقوم بحفظها ويدير شئونها كى لا تكون سائبة مهملة ، والأموال الموقوفة كالأموال المملوكة محتاجة إلى من يقوم بحفظها ويدير شئونها من استغلال وعمارة وصرف ريعها إلى المستحقين لأنها لو تركت من غير رعاية لم تحقق الغرض المقصود منها ، وتسارع إليها الخراب .

لذلك جعل الشارع الولاية على الوقف حقا مقرراً لا يجوز أن يوجد وقف من غير ولاية تسمى فى عرف الفقهاء والموثقين بالنظر على الوقف .

وهى عبارة عن سلطة شرعية تجعل لمن ثبتت له القدرة على وضع يده عليه وإدارة شئونه من استغلال وعمارة وصرف الريع إلى المستحقين .

ومن تثبت له هذه الولاية غير الواقف يسمى بالناظر (١) أو القيم أو المتولى .

(١) وبعض الفقهاء يرى أن لفظ الناظر يراد به غير ما يراد بالقيم أو المتولى فيما إذا شرط الواقف قيما وناظراً أو متوليا وناظراً فإنه يراد بالقيم أو المتولى من له الإدارة الفعلية لشئون الوقف ، ويراد بالناظر المشرف على أعمال القيم والمتولى وليس له التدخل فى الإدارة الفعلية .

وهذه الولاية لا تثبت إلا لمن توفرت فيه شرط ثلاثة . العقل والبلوغ والقدرة على إدارة الوقف إدارة محققة للغرض المقصود منه ، ولا يشترط فيه الحرية ولا الإسلام ولا كونه رجلا لأنها من الإدارات المالية الخاصة .

لمن تثبت هذه الولاية ؟

الولاية على الوقف من المسائل التي تطورت مع الزمن فعالجتها يد الإصلاح غير مرة لأنها من الأمور المهمة في الوقف ، إن حسنت حسن الوقف وأوصل إلى أغراضه النبيلة ، وإن أسيء استعمالها كان الوقف أداة انتقام من المستحقين لا أداة نفع لهم ، لذلك نراها تغير نظام خاص ، ثم أدخل عليه القانون بعض تعديلات ثم عدل هذا التعديل مرة أخرى بعد إلغاء الوقف الأهلي .

فهذه فترات ثلاث في كل واحدة منها كان للولاية نظام خاص .

ففي الفترة الأولى وهي — ماقبل صدور قانون الوقف — كان المعمول به مذهب أبي يوسف وهو الراجح عند الحنفية وخلاصته . أن الولاية حق للواقف بحكم الشرع فتثبت له في حياته سواء شرطها لنفسه ، أو شرطها لغيره أو سكت عنها أو شرط ألا تكون له ولاية ، لأن الواقف أقرب الناس إلى ماوقفه وأعرفهم بالأغراض التي من أجلها وقف هذا المال ، كما وأنه أحرصهم على بقائه .

وله بناء على ذلك أن يدير شئونه بنفسه ، أو يعين له ناظرا يتولاه في حياته يكون (١) وكيلا عنه يأخذ حكم الوكيل في حياته ، وحكم الوصي بعد وفاته .

---

(١) وأما مذهب محمد الذي شرط في تمام الوقف تسليمه إلى متولي يقوم بشئونه فليست الولاية على الوقف حقا للواقف بالشرع بل تثبت له بالشرط ، فالم يشرطها لنفسه لاتثبت له ، ومن يتولى شئون الوقف ليس وكيلا عن الواقف كما يرى أبو يوسف ، وإنما هو وكيل عن الموقوف عليهم لأن الولاية على الوقف حق للمستحقين .

وما دام الواقف أهلا للولاية لاتنتقل منه إلى القاضى ، فإذا زالت أهليته بأن جن أو أصابه عته أو حجر عليه لسفه انتقلت مؤقتا للقاضى إلى أن تعود له أهليته فتعود إليه الولاية ، وبعد وفاته تكون الولاية لمن شرطها له سواء كان معينا باسمه كابنه ابراهيم ، أو معينا بوصفه كأرشد أبنائه مثلا ؛ فإن لم يشرطها لأحد كان لوصيه المختار يتولاها بنفسه أو ينيب عنه من يقوم بهذا العمل ، فإن لم يوجد ينتقل الحق إلى القاضى بما له من الولاية العامة ، ومن المقرر شرعا أن الولاية العامة لاتثبت على الوقف إلا إذا انتفت عنه الولاية الخاصة . وهى ولاية الواقف ومن اكتسب الولاية منه .

وإذا ثبت الحق للقاضى فله أن يولى من يراه مستوفيا لشرائط الولاية سواء أكان قريبا للواقف أم أجنبيا عنه . وسواء أكان من المستحقين أم من غيرهم إلا أن الفقهاء صرحوا بأن تولية القريب أو المستحق أولى من تولية غيره .

فمن هذا نرى أن الولاية كانت للواقف أولا ثم لمن استمدها منه بالشرط أو بالإيصاء ، ثم للقاضى لافرق فى ذلك بين الوقف الخيرى والأهلى .

الفترة الثانية : وهى مابعد صدور قانون الوقف إلى إلغاء الوقف الأهلى .

سلك قانون الوقف فى علاج مسألة الولاية مسلكا فيه كثير من الحزم ، لأن أكثر الأضرار والشكايات كانت من هذه الناحية ، فتراه أبقى ما تعلق بولاية الواقف فى حياته على ما كان عليه لم يتعرض له بشىء من التغيير ، وإنما عرض للولاية بعد انتقالها إلى غير الواقف فجعل للمحكمة الحق فى تعيين من شرط الواقف له النظر ، وإن لم يوجد ففى الوقف الأهلى جعل التولية للمستحقين لا يولى غيرهم إلا إذا لم يوجد منهم من يصلح لذلك على تفصيل بينته المواد ٤٦ ، ٤٨ ، ٤٩ نحن فى غنى عن ذكره بعد إلغائه .

وفى الوقف الخيرى جعل للمحكمة أن تعين من شرط له الواقف النظر ، فإن لم يوجد من يستحقها بالشرط وجب عليها أن تعين من يصلح للنظر من ذرية الواقف أو أقاربه ، فإن لم يوجد من هؤلاء من يصلح لذلك عينت وزارة الأوقاف إلا إذا كان غير مسلم ووقف على جهة بر غير إسلامية فإن النظر يكون لمن تعينه المحكمة .

وهذا ما صرحت به المادة — ٤٧ — ونصها :

« إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه لمن شرط له ثم لمن يصلح له من ذرية الواقف وأقاربه ثم لوزارة الأوقاف هذا ما لم يكن الواقف غير مسلم وكان مصرف الوقف جهة غير إسلامية فإن النظر عليه يكون لمن تعينه المحكمة مع ملاحظة أن هذا الترتيب فى الصلاحية » .

فهذه المادة جعلت النظارة على الأوقاف الخيرية بعد الواقف على مراتب ثلاث الأولى من ثبت له الحق بشرط الواقف . والثانية من يصلح لها من ذريته وأقاربه والثالثة وزارة الأوقاف لكن بطريق المحكمة .

ومن هنا يكون التغيير فى مواضع .

الأول : جعل النظارة لمن يصلح من ذرية الواقف وأقاربه إلزاميا بعد أن كان أولويا فقط .

الثانى : إدخال وزارة الأوقاف فى سلسلة النظار بعد أن لم يكن لها هذا الحق وإن كان جعلها فى المرتبة الثالثة ولم يستثن إلا وقف غير المسلم على جهة بر غير إسلامية :

الثالث : أن الترتيب بين هذه الطبقات ترتيب صلاحية لا ترتيب موت كما كان من قبل ، على معنى أنه إذا وجد من شرط له الواقف النظارة لكنه لا يصلح اعتبر كأن لم يكن ، وعينت المحكمة من يصلح من ذرية الواقف ، وإذا لم يوجد الصالح منهم عينت وزارة الأوقاف ، فالعبرة بالصلاحية لا بالوجود .

ولقد كان العمل قبل القانون على أن حق النظارة إذا ثبت لشخص لا يسقط إلا بموته حتى ولو زالت صلاحيته ، وفى هذه الحالة يعين القاضى ناظرا بدله يقوم بتولى شئون الوقف إلى أن تعود الصلاحية لصاحب الحق أو يموت .

والحكمة فى تغيير النظارة مع ترتيبها على هذا الوجه أن الوقف الخيرى جعل لتصرف غلته على جهات البر العام التى لا يقتصر النفع فيها على أشخاص بذواتهم . فهو من هذه الناحيه يشبه الأموال المخصصة للمنافع العامة .

فإذا كان الواقف قد شرط النظارة لشخص بعينه يكون قد وثق فيه واطمأن إلى حسن تصرفه فيتبع شرطه لأن فيه تحقيقاً لأغراضه .

فإن لم يكن له شرط فى النظر ، أو كان من شرطه له غير أهل للنظارة تولت المحكمة — بما لها من الولاية العامة — تولية من يقوم بشئون الوقف غير مهدرة جانب الواقف ، بل تلاحظه ما أمكن فتعين من ذريته وأقاربه من تجد فيه صلاحية لذلك ، لأن فى هذه التولية إبقاء لاسم الواقف وإحياء لذكره ، ولأن الذرية والأقارب الصالحين هم أحرص الناس على مصلحة الوقف وتنفيذ أغراض الواقف .

فإذا لم يوجد أحد هؤلاء أسندت نظارتها إلى وزارة الأوقاف ، لأن مهمة هذه الوزارة هى الإشراف على مصالح الخير العامة . كالمساجد والملاجىء

والمستشفيات والمبرات ، وإعانة الفقراء والمعوزين ، فهي تتفق في مهمتها مع ما قصد من الأوقاف الخيرية .

لأن هذه الأوقاف لا تحقق الغرض المقصود منها إلا إذا استغلت استغلالا حسنا ، والوزارة بما لديها من وسائل الاستغلال الحديثة تستطيع ذلك ، وليس لها كوزارة أطماع في تلك الأموال .

ومن هنا لم يجعل لها النظر فيما إذا كانت الأوقاف على جهة خيرية خاصة . كالفقراء من ذرية الواقف أو قرابته ، أو المضيفة التي تعد في القرى ، أو في بيوت الواقفين ، أو على المقابر . لأن إعطاء النظر للوزارة على هذه الأوقاف تكثير للنفقات ، وتقليل للفائدة مع ما فيه من إحراج ظاهر للأسر . وكذلك لم يجعل لها النظارة على أوقاف غير المسلمين على جهات غير إسلامية . كأوقافهم على جهاتهم الدينية كالكنائس والمعابد ، أو الجهات الخاصة بهم التي تحمل طابعاً طائفياً . كمدرسة لتعليم أبناء طائفة منهم ، أو مستشفى أنشيء لعلاجهم أو ملجأ لإيواء العجزة والمحتاجين منهم ، لأن وزارة الأوقاف أنشئت لترعى جهات البر الإسلامية وتشرف عليها دون غيرها .

وليلاحظ أن هذه الجهات تعتبر جهات بر غير إسلامية إذا كان إنشاؤها في الأصل معتبراً فيه المعنى الطائفي حتى ولو انتفع بها بعض المسلمين (١) ، أما أوقافهم

---

(١) جاء في المذكرة التفسيرية بيانا لهذا حيث تقول : « لا محل لجعل النظر على أوقاف غير المسلمين الخيرية لوزارة الأوقاف اذا كانت تلك الأوقاف على جهاتهم الدينية أو على جهات خاصة بغير المسلمين ، أما إذا وقف غير المسلم على جهة خيريه عامة لم يلاحظ فيها المعنى الطائفي كالوقف على المستشفيات والملاجيء العامة أو على المدارس العامة فمن المصلحة أن يكون النظر عليه لوزارة الأوقاف » .

على المدارس العامة أو المستشفيات والملاجىء العـــــامة فان النظر فيها يكون لوزارة الأوقاف لأنها ليست جهات خاصة .

هذا هو مجمل التعديل الذى أتى به قانون الوقف الصادر فى سنة ١٩٤٦ لإصلاح نظام الولاية على الوقف والقضاء على فوضى النظار وظلمهم ، ولكى يعم نفعه امتد أثره إلى الاوقاف السابقة فطبق عليها .

الفترة الثالثة :

وتبدأ من ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ وهو التاريخ الذى صـــــدر فيه المرسوم بقانون رقم ١٨٠ ، ومن هذا التاريخ أصبحت أحكام النظر السابقة معمولا بها فى الأوقاف الخيرية فقط ومعطلة بالنسبة للأوقاف الأهلية ، واستمر العمل على ذلك حتى صدر القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ فى مايو بشأن النظر على الأوقاف الخيرية ، وتعديل مصارفها على جهات البر .

فبين أحكام النظر فى مادتيه الثانية والثالثة ونصهما كالآتى :

مادة ٢ — إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه بحكم هذا القانون لوزارة الأوقاف مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم . فإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع أو كان على جهة بر خاصة كدار الضيافة أو لفقراء الأسرة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لأحد أفراد أسرة الواقف ، ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد .

مادة ٣ — ومع ذلك إذا كان الواقف غير مسلم والمصرف غير جهة إسلامية كان النظر لمن تعينه المحـــكمة الشرعية ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم .

وفى ١٢ نوفبر سنة ١٩٥٣ صدر القانون رقم ٥٤٧ بتعديل المادتين السابقتين فألغى منهما من شرط له الواقف النظر باسمه ، وبهذا أصبح النظر على الأوقاف حقا مقرراً لوزارة الأوقاف بحكم القانون ما لم يشترطه الواقف لنفسه ، ولا يخرج عن هذا إلا وقف غير المسلم على جهة بر غير إسلامية فان النظر يكون للواقف إذا شرطه لنفسه فإن لم يشرطه لنفسه كان النظر لمن تعينه المحكمة .

ثم إن لها أن تتنازل عن حقها فى بعض الأوقاف وهى التى يكون المصرف فيها جهة بر خاصة كالوقف على فقراء الأسرة أو مقابرها ، أو دار الضيافة مثلا أو يكون نفس الوقف تافة القيمة أو محدود الريع .

أما مبررات هذا التغيير فتتلخص فيما يلى :

إن التشريع القائم فى الوقف كان يجعل الحق المطلق فى النظر على الوقف للواقف لان الاوقاف فى الماضى كانت تنشأ فى أغلب الأحيان أهلية على الواقف وذريته ، ثم على جهات البر .

وبعد إلغاء الوقف الاهلى أصبحت الاوقاف كلها خيرية متحدة المصرف وهو جهات البر فيجب أن يتحد النظر عليها ليحسن توجيهها للنفع ، وليتفادى التنافس على النظر أو تضييع مصالحه فيما يشجر من خلاف بين النظار ، أو شغور الوقف عند موت الناظر أو عزله ، وجعل النظر للوزارة ليس فيه حجر على حرية الواقفين ولا غصب لحقهم فى الولاية ، لان الواقف حين وقفه قد يرى أن وزارة الاوقاف أقدر منه على إدارة الوقف وحسن تصريف شئونه ، على أن القانون بعد تعديله جعل الحق للواقف فى النظر إذا شرطه لنفسه ويبقى له هذا الحق ما دام أهلا للولاية فاذا ما فقد أهليته أو أساء التصرف أو ارتكب خيانة أخرج من النظر بالطريق

القانونى وحلت محلة وزارة الاوقاف بغير حاجة إقامة أو تعيين ، بل بحكم ولايتها الاصلية التى يسبغها عليها القانون .

وأما تجويز النزول عن النظر فى الاوقاف الخاصة لفرد من أفراد الاسرة فلأجل تحاشى الحرج الذى قد يلحق الأسر من تدخل الوزارة فى شئونها الخاصة .

وأما الأوقاف التافهة القيمة أو المحدودة الدخل فلان للمصلحة فى تنازل الوزارة عنها لعدم التناسب بين ما تتكبده الوزارة من تكاليف فى سبيل إدارته وبين تفاهة الوقف أو ضآلة ريعه ، ويجب على الوزارة فى هذه الحالة أن ترفع الأمر للمحكمة ، وعلى المحكمة أن تقرر ذلك التنازل إذا رأت فيه المصلحة .

تنبيه :

يوجد فى بعض صور الوصية صورة تشبه الوقف وهى الوصية بمنفعة المال لجهة من جهات البر ، وهذا المال الموصى بمنفعته يحتاج إلى من يقوم بشئونه . فهل يدخل هذا النوع من الوصايا تحت القانون السابق ، ويكون النظر عليه وتنفيذه لوزارة الأوقاف أم تبقى هذه الوصايا كما كانت خاضعة لما يقرره الفقهاء ويتولى القاضى إقامة ناظر لتنفيذها ؟ .

والجواب عن هذا التساؤل : أن القانون السابق لا يعطى وزارة الأوقاف هذا الحق ، لأن الأصل الذى كان معمولا به قبل صدور قانونى الوقف والوصية هو مراعاة شروط الواقفين والموصين عملا بالراجح من مذهب الحنفية ، ثم جاء قانون الوقف محدداً لعمل تلك الشروط ومنظماً لهذا الأمر . إلى أن جاء القانون الأخير بشأن النظر على الأوقاف ولم يعرض للوصية فتبقى كما كانت ، ولو أراد واضع هذا القانون شموله للوصايا لنص عليها لكنه اقتصر على بيان النظارة المتعلقة بالوقف

فيقتصر تطبيقه على ما جاء بخصوصه ، ولأن الوصيـة تختلف فى بعض أحكامها عن الأوقاف فلا يشملها التشريع الوارد فيه إلا بالنص عليها .

ومما يؤيد ذلك: أن السبب فى إصدار هذا القانون هو ماوقع قبلة من اشكالات بسبب النظارة على الأوقاف . فجاء لجم ما وقف على الخير فى اليد التى تدير المؤسسات الخيرية كالمساجد والمبرات والمستشفيات وغيرها ولقد جاء القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحة اجراءاتها فبين بالتفصيل الأوقاف التى تديرها وزاراة الأوقاف فتقول مادته الأولى تتولى وزارة الأوقاف ادارة الأوقاف الآتية :

« أولا » الأوقاف الخيرية ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه :

فإذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة جاز لوزارة الأوقاف أن توكل هذه الجمعية أو الهيئة فى الادارة .

وإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع أو كان على جهة بر خاصة كدار الضيافة أو لفقراء الأسرة جاز لوزارة الأوقاف أن توكل أحد أفراد أسرة الواقف كما يجوز أن يـكون من غير أفراد الأسرة إذا اقتضت مصلحة الوقف ذلك .

« ثانيا » الأوقاف التى لا يعرف مستحقوها ولا جهة الاستحقاق فيها حتى تحـــــدد صفتها .

« ثالثاً » الأوقاف الخيرية التى يشترط فيها النظر لوزير الأوقاف إذا كان واقفوها غير مسلمين .

« رابعاً » الأوقاف التى انتهت بحـكم القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه ولا زالت فى حراسة الوزارة وذلك إلى أن يتسلمها أصحابها .

« خامساً » الأوقاف التى خول القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٥٨ الصادر فى الاقليم الجنوبى لوزارة الأوقاف إدارتها .

والمادة الثانية تقرر تشكيل لجنة بالوزارة تسمى « لجنة شئون الأوقاف » تؤلف من وزير الأوقاف ووكيلها ، ومفتى الاقليم الجنوبى ، ووكلاء وزارات الخزانة والأشغال والشئون الاجتماعية والعمل والزراعة والاصلاح الزراعى والشئون البلدية والقروية والصناعة ، ومستشار ادارة الفتوى والتشريع المختصة بمجلس الدولة، واثنين من رؤساء المحاكم الابتدائية أو من فى درجتهما يعينهما وزير العدل ، ومدير عام بلديه القاهرة .

وتبين المادة الثالثة اختصاصات تلك اللجنة فتقول :

تختص لجنة شئون الأوقاف وحدها بالمسائل الآتية :

« أولا » طلبات البدل والاستبدال فى الوقف وتقدير وفرز حصة الخيرات والاستدانة على الوقف وتأجير أعيانه لمدة تزيد على ثلاث سنين وتأجيرها بإيجار اسمى والبت فى هذه الطلبات جميعها بغير الرجوع إلى المحكمة .

« ثانياً » انهـاء الأحكار .

« ثالثاً » تغيير مصارف الاوقاف الخيرية وشروط إدارتها .

« رابعاً » الموافقة على عزل ناظر الوقف

« خامساً » المسائل الأخرى التى يرى الوزير عرضها عليها لأخذ رأيها فيها . وللجنة أن تستعين عند الاقتضاء بمن تشاء من أهل الخبرة

و بعد : فقد وضح من بحث الولاية على الوقف والتصرف فى غلته بعد إلغاء الأوقاف على غير جهات البر أن الأمر فيما بقى من الأوقاف وما يجد منها فى المستقبل آل إلى وزارة الأوقاف حيث لم يستثن إلا نظارة الواقف ، وهى طبعاً تكون فى حياته ، كما آل الأمر إلى لجنة شئون الأوقاف فى تصريف غلتها فلها حق التغيير فى المصرف حتى فى حياة الواقف .

وهذا التوحيد فى جهة الولاية مع إطلاق الحرية لها فى التغيير فى المصارف واختيار الأوفق للمصلحة العامة حسن وجميل . لأنه قضى على استغلال النظار لأموال الأوقاف وإهمالهم فى إدارتها ، كما أنه أنهى الحالات الشاذة التى كانت فى مصارف الأوقاف .

فأى عقل يسوغ الصرف على الكلاب والقطط فى سخاء مع وجود آلاف من الأناسى يتضورون جوعاً ؟ !

وأى منطق يجيز صرف الأموال الطائلة فى شراء الورود وسعف النخيل لتوضع على قبور الوقفين ، بل فى شراء الرمال الصفراء والحمراء لتفرش حول القبور وتزين بها طرقاتها بينما المرضى من الأحياء يأكل المرض أجسامهم وينقض بنيانهم ؟ !

وأى شرع يبيح الإنفاق على القبور وتزيينها بكل أنواع الزينة بينما الأحياء سكان الدنيا يتكدسون طبقات فوق طبقات فى مساكن ليس فيها شىء من الحياة ؟ !

ولكن أفلا يكون هذا مانعا للناس فى مستقبل الأيام من الإقدام على وقف أموالهم ، وإن فعلوا فإنما يكون مقادير تافهة لاتغنى غناء فى هـــذا الباب ، لأن الشخص بعد مامنع من الوقف على ذريته ، وقيل له يجب أن يكون وقفك متمحضا لجهات البر ، ولا يجوز لك أن تولى على وقفك أحداً من بعدك ، بل ستتولاه وزارة الأوقاف وتنفقه على جهة أخرى غير الجهة التى عينت الإنفاق عليها إن ظهر لها أن غيرها أولى منها ؟

أظن أنه بعد ذلك كله سيتردد طويلا بين الإقدام والإحجام ، وربما فضل الإحجام آخر الأمر ، وحينئذ نكون قد وصلنا فى نظام الأوقاف إلى آخر المرحلة .

ولعل الخطوة التي خطتها وزارة الأوقاف في استجابتها لشكوى الشاكين واصدارها القانون[1] الذي يبيح للمالك أن يقف كل ماله على جهات البر ويشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته تكون بداية طيبة لخطوات أخرى تتبعها تدعم بها نظام الوقف وتحبب الناس فيه بدلا من القضاء على البقية الباقية منه وهو الوقف الخيري الذي يطالب بعض[2] رجال القانون بالغائه ليلحق بزميله الأهلي .

عمارة الوقف

عمارة الوقف من أهم الأمور التي يعنى بها متولي الوقف ، لأن الوقف إذا لم يعمر تخرب شيئا فشيئا فينتهي الانتفاع به ويفوت غرض الوقف ، لذلك كانت المحاكم قبل صدور قانون الوقف تسير على أن عمارة الواقف مقدمة على

---

(١) وهو القانون رقم ٢٩ لسنه ١٩٦٠ وتنص مادته الأولى على أنه « يجوز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته — وإذا كان له وقت وفاته ورثة من ذريته وزوجه أو أزواجه أو والديه بطل الوقف فيما زاد على الثلث ، وتكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته ويدخل في تقدير ماله الأوقاف الخيرية التي صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافا ليس له حق الرجوع فيها .

ويكون تقدير مال الواقف من اختصاص لجنة شئون الأوقاف المنصوص عليها في القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه وبناء على طلب ورثته ، ويكون قرارها في ذلك نهائيا ، فإذا ، قام نزاع بشأن صفة الوارث واستحقاقه كان لكل ذي شأن أن يلجأ إلى القضاء للفصل في النزاع .

(٢) يقول الدكتور حسن كيرة في كتابه المدخل ص ٤٨٨ وما بعدها « وقد كان للفقه الإسلامي نصيب كبير في التمكين لنظام الوقف لما يحمله من معنى التصدق المندوب إليه ديانة ؛ ولكن تطور الأوضاع الاقتصادية في العصر الحديث كشف عن =

الصرف إلى المستحقين سواء نص الواقف على ذلك أو صرح بالعكس أو سكت ولم ينص على شيء .

ولكن الحوادث دلت على أن كثيراً من النظار اتخذوا من تقديم العمارة

= جمود هذا النظام بعرقلته تداول الأموال واستغلالها على النحو المثمر المفيد مما انعكس معه القصد منه فتضاءلت ثمراته على نحو جعل نصيب الفقراء والمستحقين فيه تافها عديم الجدوى . من أجل ذلك خطا المشرع المصرى خطوة موفقة فى هذا الصدد حين قضى بإلغاء الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . فلم يعد جائزاً إلا الوقف الذى يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر . ولعل فى وجود نظام المؤسسات اليوم فى القانون المصرى ما يغرى باستكمال تلك الخطوة والاستغناء به عن الوقف الخيرى . اه المقصود منه .

ونحن نقول : إن نظام الوقف المشروع فى الاسلام لم يرد به حبس المال عن التداول لمجرد الحبس ، وإنما أريد به فتح باب من أبواب البر والتعاون لا يوصل إلى غايته إلا عن طريق الحبس .

وإن رسول الله حين قال قولته المشهورة مخاطبا بها عمر «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمرتها» لم يكن يشرع لجيل خاص ، ولا لعصر معين .

وإن عمر حين يمتثل فيغرس أول شجرة فى هذه الدوحة الطيبة لتكون دائمة الثمرات يأكل منها الأجيال القادمة «فتصدق بها عمر على ألا تباع ولا توهب ولا تورث فى الفقراء وذوى القربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول» .

وإن الموسرين الذين وقفوا أموالهم لو ساروا بأوقافهم فى طريقها المشروع وعهدوا بها إلى من يخاف الله ويرعى الأمانات لما لحق الناس منها أذى ولا أضرار .

ولكنهم انحرفوا بها عن طريقها السوى ، وساروا فى طرق ملتوية فأعطوا وحرموا حسب أهوائهم ، ثم وكلوا بها أناساً لا خلاق لهم فأثروا حرما على حسابها ، ومنعوا الحقو عن أصحابها فكان ما كان ..

سلاحا يرهبون به المستحقين لإكراههم على المصادقة على حساب الوقف ، ومنهم من أكل أموال الأوقاف تحت ستار العمارة خصوصا إذا كانت الأوقاف قديمة البناء ، وقد يكون فى المستحقين كثير من المحتاجين الذين لايجدون من المال مايسدعدهم على رفع الأمر للقضاء ...

فعلاجا لهذه الحالة ومحافظة على نفس الوقف وحقوق المستحقين اقتضى الأمر سلوك طريق آخر فى عمارته . هى أن يكون للوقف مال مدخر لما يطرأ من العمارة فى المستقبل قد تعجز عنه الغلة الحاضرة ، وهذا ما عالج به قانون الوقف تلك المسألة فى المادتين ٥٤ و ٥٥ .

وهـــذا العلاج الذى رسمه يختلف بالنسبة للوقف الذى له ريـع والوقف الذى لاريع له .

فإن لم يكن للوقف ريع أصلا ، ولم يكن هناك سبيل إلى استغلاله بأى طريق جاز للمحكمة أن تبيع جزءا منه ليقام بثمنه بناء على الجزء الباقى ليستغل أو ينتفع به الانتفاع المشروط للمستحق متى رأت المحكمة المصلحة فى ذلك بدون رجوع بثمن مابيع من العين فى غلة الوقف ، وجواز بيع جزء من الوقف لعمارة الباقى مأخوذ من ظاهر مذهب الحنابلة .

وإذا كان للوقف ريع وجب على ناظره أن يحتجز ٥ر٢ ٪ من ريـع الوقف

= ثم ماذا ننقم من الأوقاف ونظامها . أننقم منها أنها خلفت لنا الأموال الطائلة التى نبنى بها العمائر فى كل يوم ، وننشىء بها المشروعات فى كل حين ؟ ؟

وأى نظام هذا الذى يغنينا عن الوقف ؟

إن كان يتفق مع مبادىء الإسلام وقواعده فالإسلام يقره ، بل ويأمر به ويحض عليه « وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » .

وإن كان يخالفه ويناقض مبادئه فتلك أوقافنا نعمل بها ونعما هى !.

إذا كان مبانى ويودعه فى خزانة المحكمة لينفق منه على عمارته ، وليس له بعد إيداعه أن يصرفه أو جزءا منه إلا بقرار من المحكمة لتتمكن من الإشراف عليه ، وليكون المستحقون على بينة من ذلك ، ولقد أباح القانون استغلال هذا المال لحين وقت الحاجة إليه لكن لابد من قرار المحكمة . .

أما إذا كانت الأعيان الموقوفة أرضا زراعية فلا يحجز الناظر شيئاً من الريع لعدم حاجتها إلى العمارة فى كل عام ، فإذا ما احتاجت الأرض إلى إصلاح أو كان للواقف شرط بحجز جزء من ريعها ليعمر به مبانٍ موقوفة فإن الناظر يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما ترى حجزه بعد المعاينة وتقرير الخبراء الفنيين ، وإذا كان الناظر يتولى بنفسه زراعة الأرض الموقوفة فان ما تحتاج إليه الأرض فى زراعتها من ثمن بذور وأجر عمال وغير ذلك لا يرجع الناظر فيه إلى المحكمة لتقديره ، بل يتبع النصوص الفقهية فيها .

ومما تجب ملاحظته هنا أن حجز الـ ٢٫٥ ٪ من ريع المبانى وحجز ما تقرره المحكمة من ريع الأراضى الزراعية يكون بالنسبة لعمارة المهمة وهى عمارة ما تخرب من الوقف كبناء بيت تهدم ، أو إصلاح أرض زراعية فسدت تربتها مثلا .

وهناك نوع آخر من العمارة يسمى بالعمارة الوقتية ، وهى التى يقصد منها الصيانة والمحافظة على أعيان الوقف ، وكذلك إنشاء ما تزيد فى غلة الوقف بناء على شرط الواقف فإنه يجوز للناظر أن ينفق عليها فى كل عام مقدار خمس الريع رضى المستحقون بذلك أو لم يرضوا ، فإذا احتاجت هذه العمارة لأكثر من خمس الغلة ورضى المسحقون بذلك أنفق من الريع ما يكفى العمارة بدون رجوع إلى المحكمة ، وإن عارض المسحقون فى هذا عرض الناظر الأمر على المحكمة لتقرر ما تراه بعد سماع أقوال المستحقين — سواء بحجز ما يكفى للعمارة من الريع دفعة

واحدة ولو كان كل الريع ، أو بالعمارة تدريجا ؛ أو بالإنفاق من الاحتياطى المجتمع من حجز ٢٫٥ ٪ ، وترك الأمر للمحكمة فى التصرف على هذا الوجه مأخوذ من مذهب المالكية ، والمراد من المستحقين مايعم المستحق فى الوقف الأهلى والمستحق فى الوقف الخيرى وإن كان جهة من الجهات ..

وينبغى أن يعلم أن هذه الأحكام كما تطبق على الأوقاف الصادرة بعد العمل بالقانون تطبق على الأوقاف الصادرة قبله لأن المادة - ٥٦ - التى تنص على أن أحكام هذا القانون تطبق على الأوقاف السابقة لم تستثن هاتين المادتين .

الباب الرابع

فى انتهاء الوقف وفيه فصلان .

الفصل الأول: فى انتهاء الوقف على الخيرات

الوقف قبل صدور قانونه ما كان يصح إلا مؤبداً . لافرق بين الأهلى منه والخيرى . مسجداً كان أو غير مسجد . وعلى هذا لم يكن هناك وقف ينتهى من نفسه ، ولا وقف يقبل الإنهاء إلا ماروى عن محمد بن الحسن من الحنفية من أن الوقف إذا تخرب أو تعذر الانتفاع به فإنه ينتهى وقفه ويعود إلى ملك واقفه أن كان موجودا أو ورثته إذا وجدله ورثة ، فان لم يعلم له وارث بيع وصرف ثمنه إلى وقف آخر .

ولكن قانون الوقف سن أحكاما كثيرة مخالفة لذلك ، فأجاز الرجوع للواقف فى حياته وتوقيت الوقف الخيرى فيما عدا المسجد وما وقف عليه ، وجوز صرف مال البدل إلى المستحقين إذا كان ضئيلا ولم يحتج إليه فى عمارة الوقف كما سبق بيانه ، كما اتخذ أحكاما للوقف المتخرب الذى لاسبيل إلى عمارته

والاستبدال به ، وأخرى الوقف الذى قل ريعه بالنسبة للموقوف عليهم .

كل ذلك جعل للوقف حالات ينتهى فيها بنفسه من غير حاجة إلى قرار من المحكمة ، وأخرى ينتهى فيها بقرار المحكمة ، وهذه الحالات مشتركة بين الوقف الخيرى والأهلى .. وسنقصر الكلام على توضيحها فى الوقف الخيرى ، ثم نتبع ذلك ببيان ماأتى به المرسوم بقانون رقم١٨٠ لسنة ١٩٥٢ من أحكام أيلولة ملك الأوقاف المنحلة وكيفية إثباته وغيرها .

صورة انتهاء الوقف الخيرى .

ينتهى الوقف الخيرى فى صور منها .

١ — انتهاء المدة المعينة فى الوقف . كما إذا وقف قطعة أرض لينفق من غلتها على مبرة مدة عشر سنوات ، فان الوقف ينتهى بانتهاء السنوات العشر .

٢ - إذا انقرضت الجهة الموقوف عليها ، كما إذا وقف داره ليسكن فيها من لا مسكن له من أهل بلده ، ثم أصبح كل واحد يملك سكنا خاصا ، فان الوقف حينئذ ينتهى ، وكما إذا وقف أرضا معينة لينفق منها على مدرسة فى بلده ثم استغنى عن هذه المدرسة وأغلقت (المادة ١٦)[١] وفى هاتين الحالتين ينتهى الوقف فى ذاته من غير حاجة إلى قرار من المحكمة — لأن الحق الثابت للموقوف عليه انتهى بانتهاء الزمن المحدد لهذا الحق أو بانتهاء نفس الجهة فيعود الوقف ملكا للواقف

---

(١) ونصها « ينتهى الوقف المؤقت بانتهاء المدة المعينة أو بانقراض الموقوف عليهم ، وكذلك ينتهى فى كل حصة منه بانقراض أهلها قبل انتهاء المدة المعينة أو قبل انقراض الطبقة التى ينتهى الوقف بانقراضها . وذلك ما لم يدل كتاب الوقف على عود هذه الحصة إلى باقى الموقوف عليهم أو بعضهم . فان الوقف فى هذه الحالة لاينتهى إلا بانقراض هذا الباقى أو بانتهاء المدة »

إذا كان حيا أو لورثته الموجودين وقت وفاته إن كانوا موجودين ، وإن لم يكن له ورثة عند موته أو كانوا وانقرضوا ولم يكن لهم ورثة كان للخزانة العامة « بيت المال » لأنه وارث من لاوارث له ، وهـــذا مأخوذ من مذهب أبى حنيفة الذى يرى أن الوقف لايخرج عن ملك الواقف ويورث عنه بعد وفاته ، أو من مذهب المالكية المصرح ببقاء الملك للواقف وتوقيت الوقف . .

٣ - إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها وأصبحت لاريع لها ، ولم يكن فى الإمكان تعميرها ولا الاستبدال بها ولا الانتفاع بها بطريق يفيد الموقوف عليهم من غير إضرار بهم وهذا الحكم مأخوذ مما نقل عن الإمام محمد بن الحسن[1] .

٤ — إذا كان عامراً ولكن قل نصيب إحدى الجهات الموقوف عليها بحيث أصبح تافها لاغناء فيه فإن الوقف ينتهى فى نصيب تلك الجهة ، وكذلك لو قلت كل الأنصباء فان الوقف كله ينتهى . وهذا مأخوذ فى جملته من مذهب الإمام مالك .

وفى هاتين الحالتين لاينتهى الوقف إلا بقرار من المحكمة المختصة ، ولهذا يسمى إنهاء الوقف وإنما احتيج فيهما إلى قرار المحكمة ولم يحتج إليه فى الصورتين الأولى والثانية ، لأن الانتهاء فى الأوليين بناء على أمر عادى وهو انتهاء المدة أو انقراض الجهة وهـذا لايحتاج إلى تقدير المحكمة ، وأما فى الأخيرتين فان الانتهاء

(١) والإمام مالك يمنع من بيع العقار الموقوف حتى ولو تخرب وكذلك منع من بيع أنقاضه مستنداً فى هذا المنع إلى بقاء أحباس السلف من الصحابة وغيرهم من غير تصرف فيها ، وسداً لذريعة الفساد لئلا يتخذ جواز بيع المتخرب طريقا إلى بيع الأوقاف بدعوى الخراب ولقد استثنى فقهاء المالكية من ذلك بيعه لتوسيع مسجد الجمعة والطريق والمقبرة لأن نفعها أعم من نفع الوقف . وأما المنقول فيجوز بيعه إذا قلت منفعته أو انعدمت . راجع شرح رسالة ابن أبى زيد ج ٣ ص ٤٤

بناء على أمر تقديرى يحتاج إلى تقدير من يملك التصرف . فالحكم على الوقف بأن متخرب لايمكن الانتفاع به الخ ، وكذلك ضآلة النصيب والحكم بأنه لا يفيد محتاج إلى تقدير خاصّ لاختلافه باختلاف الأوقاف ، ولذلك لم يقدر القانون مقدار النصيب الضئيل . بل تركه إلى تقدير المحكمة لأنه أمر نسبي يختلف باختلاف الجهات والأشخاص .

ثم إن الملك للمال الموقوف فى هاتين الحالتين يعود إلى الواقف إن كان حيا ، وإلا فيعود إلى جميع المستحقين فى الوقف حين انتهائه بلا فرق بين صنف وصنف ، لأن حق المستحقين لازال متعلقا بالعين الموقوفة فلا يصح إضاعة حقهم بخلاف الانتهاء فى الصورتين السابقتين فان حق الموقوف عليهم انقطع فيعود إلى الورثة إن لم يكن الواقف حيا ، وحكم هاتين الصورتين جاء فى المادة ـ ١٨[1] .

الفصل الثانى

فى انهاء الوقف على غير الخيرات فى ظل التشريعات القائمة وفيه مباحث

تمهيد: عرفنا فيما تقدم أن الوقف الأهلى مشروع من أول الأمر مع الوقف الخيرى ، ولكن الناس انحرفوا عن طريقة المشروع ، وسلكوا به طريقاً آخر

---

(١) ونصها « إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ، ولم تمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا فى الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتا طويلا انتهى الوقف فيه كما ينتهى الوقف فى نصيب أى مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا ، ويكون الانتهاء بقرار من المحكمة بناء على طلب ذوى الشأن ويصير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حيا والا فلمستحقيه وقت الحكم بانتهائه » .

فنتج عنه أضرار وظلامات تبعتها أنات وشكايات ، افترق من أجلها رجال التشريع وأهل الرأى فيه إلى فرقتين :

فرقة تؤيده وتسانده وتعمل على الإبقاء عليه ، وأخرى تعارضه وتناهضه وتسعى للقضاء عليه والتخلص منه .

ولقد رجحت كفة الفرقة الأولى حين وضع قانون الوقف ، فأبقت عليه محاولة تخليصه من العيوب ، ثم مالبث الزمن أن استدار بوجهه للفرقة الثانية فانتصر لها آخر الأمر فرجحت كفتها حينما صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فى ١٤ سبتمبر يمنع من إنشاء الوقف الأهلى فى المستقبل ، وينهى ما كان موجوداً منه ، ثم صفى تركته فذلكها للمستحقين فيه إن لم يكن الواقف حياً .

فمادته الأولى تنص على أنه « لا يجوز الوقف على غير الخيرات » .

والثانية تقرر مصير الأوقاف السابقة على هذا التاريخ ، فاعتبرت كل وقف ليس مصرفه فى الحال خالصاً لجهة من جهات البر منتهياً . سواء أكان مصرفه خالصاً لغير جهات البر أم مشتركا بين المستحقين عن غير جهات البر وبين الخيرات أو المرتبات لجهات البر ، ولم تستثن منه إلا حصة شائعة تكفى غلتها للوفاء بالخيرات أو المرتبات الخيرية [١] الدائمة المعينة المقدار أو القابلة للتعيين ثم أحالت هذه المادة تقدير هذه الحصة وإفرازها على أحكام المادة ٤١ [٢] من قانون

(١) كانت المادة الثانية مطلقة فى المرتبات « فإذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة خيرات أو مرتبات دائمة الخ فعدلت بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ . فصارت هكذا « فإذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة الخ فأصبح المراد بالمرتبات المرتبات الخيرية فقط

(٢) ونصها « إذا شرط الواقف فى وقفه خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار —

الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وليكون المراد بهذه المادة واضحا ينبغى أن نبين الفرق بين المرتبات والخيرات . الدائمة منها وغير الدائمة .

المبحث الأول

فى الفرق بين المرتبات والخيرات : -

أن المرتبات : هى المقادير[1] التى تصرف فى مواعيد دورية بانتظام ككل يوم أو شهر أو سنة إذا كانت معينة المقدار تعيينا حقيقيا أو حكميا . .

فالتعيين الحقيقى . كما إذا شرط فى وقفه أن يصرف من ريعه كل سنة مقدار مائة جنيه لمسجد البلدة .

والحكمى : كما إذا شرط أن يصرف من ريع الوقف لهذا المسجد كل عام ما يكفى موظفيه ، أو فرشه ، فإنه وإن لم يحدد المقدار إلا أنه يمكن تحديده بالمعتاد فيعتبر كأنه محدد حكما .

فإذا اجتمع فى المقدار المطلوب صرفه التعيين بالمعنى السابق ، وتكرار الصرف بانتظام كان مرتبا . سواء كان مصروفا لشخص أو لجهة . خيرية كانت أو

ــ أو فى حكم المعينة وطلبت القسمة فرزت المحكمة حصة تضمن غلتها حالأرباب هذه المرتبات بعد تقديرها طبقا للمواد ــ ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ . على أساس متوسط غلة الوقف فى خمس السنوات الاخيرة العادية وتكون لهم غلة هذه الحصة مهما طرأ عليها من زيادة أو نقص »

(١) وليس بلازم أن يكون المال المصروف من النقود بل قد يكون من غيرها كالخبز واللحم والحب والثمار ، كما لا يلزم أن يكون من الاموال المثلية بل قد يكون المرتب من المال القيمى كما إذا اشترط الواقف أن يضحى كل عام من اغنام الوقف بعدد معين من أسنان معينه ،

غيرها ، وسواء صرف لجهة واحدة أو لجهات متعددة بالتناوب ، كما إذا عين مبلغا من ريع الوقف يصرف للمسجد عاما ، وللملجأ عاما آخر ، وللمبرة عاما ثالثا وهكذا .

والمرتبات قد تكون دائمة إذا لم تحدد لها مدة معينة فى الوقف المؤبد أو حددلها مدة تساوى مدة الوقف فى المؤقت فالعبرة فى الدوام بدوام الوقف ، فاذا وقف أرضا على ملجأ لينفق منها عليه مدة عشرين عاماً ، ثم جعل من ريعها مقدارا معينا لينفق منه على جمعية خيرية مدة الوقف كان مرتبا دائما وان كان محدد المدة ، لأن العبرة فى الدوام بدوام الوقف .

وقد تكون غير دائمة إذا كانت غير ذلك بأن حدد لها أى مدة فى الوقف المؤبد أو مدة أقل من مدة الوقف المؤقت .

وأما الخيرات : فهى المقدار المشترط صرفه لجهة خيرية معينا كان ذلك المقدار أولا شرط صرفه بانتظام أولا ، كما إذا شرط فى وقفه أن يصرف مبلغ ألف جنيه اسهاما منه فى انشاء مسجد معين ، أو صرف مبلغ من المال كل شهر على فقراء بلده ، وهى أيضا تكون دائمة وغير دائمة .

وعلى هذا تكون الأوقاف التى تناولها الالغاء ثلاثة أنواع .

١ — أوقاف خالصة لغير جهات البر ليس فيها خيرات ولا مرتبات لجهة من جهات البر لا دائمه ولا غير دائمة ، وهذا النوع يعتبر منتهيا بصدور القانون .

---

(١) فالمرتبات والخيرات قد يجتمعان فيما إذا كان المقدار معينا حقيقيا أو حكميا مصروفا لجهة خيرية بانتظام ، وتنفرد الخيرات فى المقدار المصروف لجهة خيرية ولم تتوافر فيه عناصر المرتب ، وتنفرد المرتبات فى المقدار المعين الذى شرط صرفه بانتظام لجهة غير خيرية فالنسبة بينهما — كما يقول المناطقة — العموم والخصوص الوجهى بمعنى أنهما يجتمعان فى مادة وينفرد كل منهما فى مادة .

٢ — أوقاف ليست خاصة بجهات البر ، بل فيها خيرات أو مرتبات لجهة من جهات البر غير دائمة ، كما إذا شرط الواقف أن يصرف مبلغ معين لمستشفى معين حتى تضمه وزارة الصحة ، أو شرط أن يسهم فى بناء مسجد معين عند إنشائه بمبلغ معين

وهذا النوع من الأوقاف يعتبر منتهيا بحكم القانون أيضاً ، ولا يفرز منها حصة شائعة لهذه المرتبات أو الخيرات ، بل يلتزم كل واحد من المستحقين فى الوقف بعد تقسيمه عليهم أن يؤدى حصة من هذه المرتبات أو الخيرات بما يتناسب مع حصته من الوقف ، وعلى المحكمة التى تقوم بقسمة الوقف بين المستحقين أن تبين فى قرار التقسيم مايجب على كل مستحق أن يؤديه ، وفى أى وقت يؤديه ولمن يؤديه .

ومثلها فى ذلك الخيرات الدائمه التى لم يعين مقدارها . كما أذا شرط الواقف أن يتصدق على الفقراء كل شهر بمبلغ من المال من غير أن يحدد مقداره .

٣ — أوقاف ليست خاصة بل فيها مرتبات خيريه دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين كما بينا . وهذا النوع هو الذى يستبقى منه الحصة الشائعة التى تكفى غلتها للوفاء بهذه المرتبات أو الخيرات .

المبحث الثانى

فى كيفية تقدير حصة المرتبات والخيرات من الوقف :

أما كيفية تقدير هذه الحصة فيؤخذ من المواد ٣٦ و ٣٧ و ٣٨ و ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ كما صرحت المادة ٤١ من هذا القانون .

ويتلخص فى أن ريع الوقف إذا كان معلوم المقدار عند إنشائه يكون تقدير حصه المرتبات أو الخيرات على أساس نسبة ما للمرتبات إلى ما للموقوف عليهم فاذا كان ريع الوقف حين صدوره مثلا ٨٠٠ حنيه . ومقدار المرتبات ٢٠٠ جنيه

كانت النسبة بين ماللمرتبات وبين ماللموقوف عليهم هى ١ : ٤ ، وكأن الواقف وقف ربع وقفه على المرتبات فيخصص للمرتبات حصة من الوقف تضمن غلتها ربع الريع لأصحاب المرتبات والخيرات الدائمة .

وإذا لم يكن ريع الوقف معلوم المقدار عند إنشائه يكون تقدير حصة المرتبات على أساس نسبة ماللمرتبات إلى متوسط ريع الوقف فى السنوات الخمس الأخيرة العادية أى التى ليس فى واحدة منها ظروف استثنائية تقتضى ارتفاع الريع أو انخفاضه .

فلو فرضنا أن ذلك المتوسط ٨٠٠ جنيه ، وقدر المرتبات ٢٠٠ جنيه كانت نسبة ماللمرتبات إلى متوسط الريع ١ : ٤ ، وحينئذ يضم ماللمرتبات إلى المتوسط فيكون المجموع ١٠٠٠ جنيه ، ونصيب المرتبات منه الخمس ، فيفرز من الوقف حصة للمرتبات تغل مقدار خمس الريع .

وتقدير هذه النسبة مأخوذ من المادة ٣٦ من قانون الوقف . ونصها :

« إذا جعل الواقف غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم ، وشرط لغيرهم مرتبات فيها قسمت الغلة بالمحاصة بين الموقوف عليهم وذوى المرتبات بالنسبة بين المرتبات وباقى الغلة وقت الوقف إن علمت الغلة وقته ، وإن لم تعلم وقف الوقف قسمت الغلة بين أصحاب المرتبات والموقوف عليهم على اعتبار أن للموقوف عليهم كل الغلة ولأصحاب المرتبات حصة بقدر مرتباتهم على ألا تزيد المرتبات فى الحالتين على ماشرطه الواقف » .

فأنت ترى أن نسبة المرتبات تختلف بين ما إذا كانت الغلة معلومة المقدار وقت الوقف وبين ما إذا لم تكن معلومة .

والسبب فى هذا الاختلاف — على ما يظهر لى — أن الواقف لما جعل لأصحاب المرتبات مقدارا معينا والغلة معلومة فكأنه أشرك أصحاب المرتبات مع الموقوف عليهم الآخرين فى مقدار هذه الغلة ، وفى الحالة الثانية عند عدم تعيين مقدار الغلة يكون الواقف قد جعل الغلة كلها للموقوف عليهم الآخرين ، ثم جعل المقدار المعين لارباب المرتبات فكأنه زائد على الاصل .

وعلى هذا يضم مقدار المرتبات إلى متوسط الغلة ، ويعتبر كأنه هو الريع المراد تقسيمه .

ومما ينبغى ملاحظته هنا أن تقدير غلة الوقف الذى لم تكن غلته معلومة عند إنشائه على أساس المتوسط فى السنوات الخمس الأخيرة يكون فى غير الأرض الزراعية الموقوفة .

أما إذا كان الوقف أرضا زراعية لا يعلم مقدار ريعها وقت وقفها كان تقدير ريعها على أساس (١) القيمة الإيجارية طبقا لما جاء بالمادة ٣٣ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى المصرحة بأنه « لا يجوز أن تزيد أجرة الأرض الزراعية على سبعة أمثال الضريبة الأصلية المربوط عليها » .

فإذا لم تكن الأرض قد ربطت عليها ضريبة لبوارها ، أو ربطت عليها ضريبة مخفضة قبل العمل بهذا القانون بثلاث سنوات على الأقل قدرت القيمة الإيجارية

---

(١) يؤخذ ذلك من المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ وفيه « ويتبع فى تقدير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة — ٤١ — من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف إلا بالنسبة إلى غلة الأطيان الزراعية فتكون غلتها هى القيمة الايجاريه حسبما هى مقدرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، الخاص بالاصلاح الزراعى

على الوجه المبين بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبـــة الأطيان كما جاء ذلك صريحا بالمـادة ٥ من الإصلاح الزراعى (١) .

المبحث الثالث

فيما يؤول اليه الوقف المنتهى :

تـكفلت المـادتان الثالثة والرابعة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنه ١٩٥٢ ببيان ما يؤول إليه الوقف بعد انتهائه . .

والذى يؤخذ منهما ومن المذكرة التفسيرية . أن المـال الموقوف بعد انتهاء الوقف يؤول إلى ملـكية الواقف فى بعض الصور ، وإلى ملـكية المستحقين فى بعضها الآخر .

فإذا كان الواقف حيا وقت صدور هذا القانون آلت الملـكية إليه فى الأوقاف التى أنشأها بعد صـدور قانون الوقف ، وكذلك فى الأوقاف السابقة عليه بشرط أن يـكون له حق الرجوع فيها .

وقد سبق تفصيل الحالات التى لا يجوز له الرجوع فيها ، ويثبت الملك له سواء جعل الاستحقاق فى الوقف أولا لنفسه أو جعله ابتداء لغيره .

فإذا لم يـكن الواقف حياً أو كان حيا وليس له حق الرجوع آل الملك إلى المستحقين كل بمقـدار حصته فى الاستحقاق لا فرق بين أن يـكون المستحق من ذرية الواقف أو أجنبيا عنه .

---

(١) ولقد كانت هذه التفرقه بين الأراضى الزراعية الموقوفة وغيرها فى تقدير غلة الوقف أمراً طبيعيا بعد ما سوى قانون الإصلاح الزراعى بين الاراضى الزراعية الموقوفة وغيرها إذا استولت عليها الحكومة فإنهـا تدفع عنها تعويضا يعادل عشرة أمثال القيمة الإيجارية لهذه الاراضى مضافا إليها قيمة المنشآت والآلات الثابتة والاشجار

والمراد بالمستحقين جميع الموقوف عليهم الموجودين عند انتهـاء الوقف إذا كان الوقف غـير مرتب الطبقات ، كأن يـكون الواقف وقف ماله على أولاده وإخوته وأولادهم ولم يرتب بينهم فى الاستحقاق ، بل جعل لـكل منهم نصيبا مقدرا أو سهما معينا ، ففى هذ الحالة يؤول الملك إلى الموجودين منهم وإن كانوا خليطا من الاولاد وأولاد الاولاد والإخوة وأولاد الإخوة .

وأما إذا كان الوقف مرتب الطبقات ترتيبا جماعيا — كان يـكون وقف على أولاده ، ثم من بعدهم على أولاد أولاده ، ثم من بعـدهم على ذريتهم طبقة بعد طبقة ، فإن الملك فى هذه الحالة يؤول إلى أفـــراد الطبقة المستحقة الموجودين وقت الانتهاء وذرية من مات منهم قبل ذلك كل واحد بمقـدار حصته بالنسبة

للمستحقين أو بمقدار حصه أصله بالنسبة إلى ورثة من مات من المستحقين .

ولقد جعل القانون للواقف حق الانتفاع بالوقف المنحل طول حياته فى صورة أيلولة الملك إلى المستحقين .

مبررات هذا التشريع :

أما جعل الملك للواقف فلأنه كان مالـكا للمال الموقوف ملـكا ناقصا لتعلق حق الموقوف عليهم به فإذا زال ذلك الحق عاد الملك إلى تمامه كما كان قبل وقفه حيث لا ضرر فى هذا يعود على غيره .

وأما جعله للمستحقين فى الصور التى لا يملك الواقف فيهـا حق الرجوع فى الوقف ، فلان استحقاقهم فى الوقف لم يـكن بطريق التبرع من الواقف ، بل هو عوض عن حقهم أو ما لهم الذى دفعوه ، ولأنه كان ممنوعا من الرجوع فى وقفه محافظة على حقوق هؤلاء ، وليس من المعقول أن يحافظ على حقهم حال قيام الوقف ثم يهدر هذا الحق بعد إلغائه .

وكان مقتضى ثبوت ملك عين المال للموقوف عليهم أن يكون لهم حق الانتفاع به من وقت ثبوت الملك ، ولكن القانون جعل للواقف حق الانتفاع مدة حياته ، لأن الوقف كان منسوبا إليه فلا تقطع صلته به مرة واحدة ، ولأن الغالب أن يكون العوض المدفوع من جانب المستحقين فى هذه الحالة غير مكافىء لقيمة المال الموقوف .

وأما جعله لذرية من مات من المستحقين حصة من الملك بمقدار ما كان يستحقه أصلهم من الريع فيما إذا كان الوقف مرتب الطبقات . فلأن هذه الذرية كانت ممنوعة من الاستحقاق الفعلى مؤقتا بسبب وجود أفراد من طبقة أصلهم حيث إن قضية الترتيب تقتضى ذلك فحرمانهم من الريع كان حرمانا مؤقتا ، فإذا لم يأخذوا نصيب أصلهم عند توزيع الملك كان حرمانهم حرمانا مؤبدا لأن الملك ينتقل من المستحقين الحاليين إلى ورثتهم ، وهذا كما ترى لا يتفق وغرض الواقف عند وقفه :

مال البدل والمحجوز من الريع لحساب عمارة الوقف :

والقانون فى مادته الخامسة [1] جعل الأحكام السابقة تطبق على مال البدل المودع فى الخزائن ، والاموال التى كانت محجوزة لحساب الوقف كما تطبق على أعيان الوقف ، لأن مال البدل كالاعيان الموقوفة وما احتجز للعمارة يعتبر من متممات الوقف فيأخذ أحكامه :

---

(١) ونصها « تسرى القواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة على أموال البدل المودعه خزائن الحاكم وعلى ما يكون محتجزاً من صافى ريع الوقف لأغراض العمارة أو الإصلاح » .

المبحث الرابع

فى كيفية تعيين حصص المستحقين فى الملك الجديد :

هذه مسألة تابعة لمقدار حصصهم فى غلة الوقف فيتبع فيها شرط الواقف ، فإذا كان قد عين لكل واحد نصيبا أخذ كل مستحق ما يقابل ذلك من أعيان الوقف . سواء أكان تعيينه بالقدر كغلة عشرة أفدنة أم بالسهم كخمس الريع مثلا . ففى الصورة الأولى يأخذ الواحد عشرة أفدنه ، وفى الثانية يأخذ خمس أعيان الوقف . وإذا لم يكن عين الأنصباء على هذا الوجه ، بل قال تصرف الغلة عليهم حسب الفريضة الشرعية فتقسم بينهم أعيان الوقف كما يقسم الميراث .

هذا إذا لم يكن فى الوقف مرتبات لبعض الموقوف عليهم ، فإن كان فيه مرتبات كما إذا وقف ماله على أولاده وأولاد أولاده ، وجعل لكل واحد من إخوته أو أولاد إخوته مرتبا معينا يصرف له فى كل شهر أو فى كل سنة — فإن كانت دائمة استحق أصحابها حصة من أعيان الوقف بنسبة ما لهم من مرتبات ويتبع فى تعيينها الطريقة التى شرحناها فى كيفية تعين حصة المرتبات الخيرية الدائمة . وخلاصتها :

إن غلة الوقف إن كانت معلومة المقدار حين الوقف جعل لأصحاب المرتبات جزءاً من أعيان الوقف بنسبة مقدار مرتباتهم إلى غلة الوقف فلو كانت غلة الوقف حين إنشائه ٥٠٠ جنيه ومقدار المرتبات ١٠٠ جنيه تكون نسبة المرتبات $\frac{١}{٥}$ أى ١ : ٥ فيعطى لأصحابها خمس الأعيان الموقوفة يوزع عليهم بالتساوى إن كانت مرتباتهم متساوية . أو بالحصص على قدر المرتبات إن لم تكن متساوية .

وإن لم تكن معلومة فإن تقديرها يكون بأخذ متوسط الغلة فى السنوات

الخمس الأخيرة العادية . ثم يضم إليه مقدار المرتبات ، ويفرض كأنه كل الريع ثم تنسب المرتبات إلى هذا المجموع ويعطى لهم جزءاً من الأعيان يعادل هذه النسبة .

فمثلا إذا كان متوسط الغلة ٦٠٠ جنيه ومقدار المرتبات ١٠٠ جنيه فان المجموع يساوى ٧٠٠ جنيه وتكون نسبة المرتبات ⅐ ، ويعطى لأصحابها سبع الأعيان الموقوفة يوزع بينهم حسبا لهم من مرتبات .

هذا إذا لم تكن الأعيان الموقوفة أرضاً زراعية ، أما إذا كانت أرضاً زراعية فلا يؤخذ المتوسط ، بل ينظر إلى السنة الأخيرة حين انتهاء الوقف ويقدر غلتها حسب القيمة الإيجارية . وهى سبعة أمثال الضريبة ، ثم تضم إليه المرتبات ويكون المجموع هو مقدار الغلة .

فاذا كان الوقف عشرة أفدنة وضريبة الفدان ٤ جنيهات فى السنة كانت الغلة ٢٨٠ جنيهاً ، فاذا كانت المرتبات ٧٠ جنيهاً اعتبر الغلة ٢٨٠ + ٧٠ = ٣٥٠ جنيهاً يكون لأصحاب المرتبات خمسها فيأخذون خمس أعيان الوقف وهى فدانان .

أما إذا كانت المرتبات غير دائمة ، كما إذا جعل لشخص مرتبا يصرف له طول حياته أومدة تعليمه مثلا ـ فقد انقسم الرأى فيها إلى رأيين .

أولهما : يعتبرها كالمرتبات الدائمة فيكون لأصحابها حصة من الوقف يملكونها بمقدار هذه المرتبات .

وثانيهما : يعتبرها كالدين توزع على المستحقين الآخرين كما هو متبع مع أصحاب المرتبات الخيرية غير الدائمة فلا يفرز لأصحابها نصيب من الأعيان الموقوفة .

ومنشأ هـــذا الخلاف وجود التعارض بين ظواهر النصوص من قانون الوقف وقانون إلغائه .

فالمادتان — ٤١ ، ٤٢ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ تدلان على التفرقة بين المرتب الدائم وغير الدائم من حيث إنه يفرز لصاحب المرتب الدائم حصة من الوقف يستغلها لحسابه كصاحب السهم أو النصيب المعين ، ولا يفرز لصاحب المرتب غير الدائم إذا طلب ذلك ، بل يكون مرتبه دينا يوزع على المستحقين بعد قسمة الوقف عليهم كل على حسب نصيبه فى الوقف ، وهذا يفيد عدم ثبوت الملكية لأصحاب المرتبات غير الدائمة ..

والمادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ تقضى بأن ملكية الوقف المنتهى تؤول إلى المستحقين كل بقدر حصته فى الاستحقاق إذا لم يكن الواقف حيا ، وهذا يفيد ثبوت الملك لأصحاب المرتبات غير الدائمة لأنهم مستحقون بلا نزاع ، والمادة لم تفرق بين مستحق ومستحق ، بل جعلت الملكية تؤول إلى المستحقين ، ولم تبق من الوقف إلا حصة موقوفة بمقدار المرتبات الخيرية الدائمة .. ومن هنا اختلفت المحاكم فى تطبيق هذا الحكم ..

فبعض المحاكم[١] نظرت إلى قانون الإلغاء ، وأخذت المادة على عمومها وذهبت إلى أن المرتب غير الدائم فى الوقف كالمرتب الدائم فى أن صاحب كل منهما يعتبر مستحقا فى الوقف بمقدار مرتبه ، ثم أوضحت أن التفرقة بينهما التى كان يقتضيها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ أصبحت لا محل لها بعد صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

---

(١) المحكمة العليا الشرعية فى مادة استئناف موضوعه فرز نصيب من أعيان الوقف تغل ما يعادل المرتب غير الدائم : الواقف مسيحى جعل لزوجته مرتبا قدره ٢٥ جنيها شهريا مدة حياتها إذا لم تتزوج غيره . مجلة المحاماة الشرعية السنة الرابعة والعشرون ص ٣٤٠ وما بعدها ..

لأن علة التفرقة هى الضرر الذى ينتظر أن يلحق بالمستحقين إذا فرزت المحكمة لأرباب المرتبات غير الدائمة حصة تفى غلتها بما شرط لهم . فأنه بعد انتهاء المرتب تعاد قسمة الموقوف كله بين المستحقين بعد إضافة مافرز لأرباب المرتبات ، وفيه مشقة إعادة القسمة ، أو يقسم مافرز مع بقاء القسمة القديمة . وفيه ضرر تجزئة الأنصباء ، فيكون لكل مستحق نصيب مفرز أولا ، ونصيب آخر فى جهة أخرى عند التقسيم الثانى .

هذه العلة قد زالت ، لأن التقسيم الذى كان يقتضيه القانون رقم ٤٨ وارد على عين موقوفة ، وعليه يترتب الضرر ، وأما التقسيم فى القانون رقم ١٨٠ فوارد على عين مملوكة فهو كأى مال مملوك ملكا شائعاً ، ولن يعاد فيه تقسيم آخر حتى يجىء الضرر ..

وبعض المحاكم[1] نظرت إلى قانون الوقف الأول فذهبت إلى أن هذه المرتبات يفرز لأصحابها نصيب من أعيان الوقف المنتهى بملكونها ، بل تعتبر مرتباتهم دينا يوزع على الأنصباء بعد تقسيم الوقف على المستحقين . .

والذى يترجح فى نظرى هو الرأى الثانى مع ماجاء فى قانون الإلغاء

---

(١) محكمة مصر الإبتدائية الشرعية : وللمفتى السابق فتوى توافق رأى هذه المحكمة ، وكذلك الرأى القانونى لهيئة الإصلاح الزراعى الذى أصدرته اللجنة القانونية برياسة وكيل مجلس الدولة يوافق هذا الرأى . . وقد كان بخصوص مرتبات عتيقات الملك فؤاد . وكلاهما منشور فى مجلة المحاماة الشرعية فى السنة الخامسة والعشرين ص ٤٦٩ وما بعدها

ومذكرته الإيضاحية من الإطلاق فى لفظ المستحقين[1] لأن هـــذا القانون أحال على التشريع الخاص بأحكام الوقف فيما يتعلق بتقدير وإفراز الحصه التى تبقى وقفاً ، وفيما يتعلق بأسس تعيين نصيب المستحق أيا كانت صورة الاستحقاق فيكون غير مستقل بذاته فى هـذا الموضع ، فيرجع إلى قانون الوقف لتوضيح ما أبهم فيه .

ولا يلزم من زوال ضرر القسمة الناتج عن فرز نصيب لأصحاب المرتبات غير الدائمة جوازه الآن حتى يصبحوا ملاكا فى الوقف المنتهى . لوجود مانع آخر ، وهو أنه لو ملكناهم مايعادل مرتباتهم من أعيان الوقف لانتقل ذلك بعد وفاتهم إلى ورثتهم وهؤلاء لم يكن لهم نصيب فى غلة الوقف ، والواقف لم يقصد إعطاءهم بخلاف صاحب المرتب الدائم فان ورثته لهم حق فى غلة الوقف ، ولولا وجود المانع من إعطائهم لأخذوه ، فهم أصحاب حق ممنوعون مؤقتاً .

وعلى هذا يكون الفرق بين النوعين لا يزال قائما ، ولا يبرر التسوية بينهما ماقى لفظ المستحقين من إطلاق

وإذا تعينت حصص المستحقين وجب تسليمها إليهم بمجرد طلبهم أو طلب أى واحد منهم ، ولا يكلف الطالب للتسليم باثبات استحقاقه من جديد ، بل اعتبر القانون صفة المستحق السابقة ونصيبه فى الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند طلبه التسليم كما جعل ناظر الحصة الموقوفة على الخيرات — أن وجدت — شريكا للمستحقين فى تسلم العين .

---

(١) ففى المذكرة الإيضاحية . ويقصد بالمستحق فى هذا الشأن كل من شرط له الواقف نصيبا فى الغلة أو سهما أو مرتبا .

وإلى أن يتم تسليم الأعيان لمستحقيها تبقى تحت يد الناظر لحفظها وادارتها وتكون له صفة الحارس كما صرحت بذلك المادة الثانية(١) من القانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢

المبحث الخامس

فى قسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف وتسليمها إلى أصحابها

لما كانت أغلبية الأعيان التى أنهى وقفها محتاجة إلى القسمة وفرز الأنصباء لاشتراكها بين أشخاص عديدين ، وهى عملية تتطلب اجراءات قضائية تتكلف أموالا كثيرة يعجز عنها الكثير من المستحقين . الأمر الذى ترتب عليه بقاء تلك الأعيان تحت أيدى الحراس عليها والمتولين ادارتها وعدم وصولها إلى مستحقيها عالجت وزارة الأوقاف هذه المشكلة باستصدار القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ ، وهى يقضى بقسمة تلك الأعيان بطريقة تجنب المستحقين إجراءات التقاضى المعتادة وما يتفرع عنها من منازعات وخصومات تعرض حقوقهم للخطر .

فنص على أن تتولى إجراءات القسمة لجان إدارية يصدر بتشكيلها قرار من وزير الأوقاف تقوم بعملية القسمة وبإجراء البيع عند عدم امكان القسمة أو ترتب ضرر عليها ، كما نص على أن تقوم الوزارة بشهر القرارات الصادرة بالقسمة ،

---

(١) ونصها «تضاف إلى المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ المشار اليه الفقرات الآتية « وتسلم هذه الأموال وكذلك الأعيان التى كانت موقوفه إلى مستحقيها بناء على طلب أى منهم وتكون صفة المستحق السابقة ونصيبه فى الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند مطالبته بالتسليم وان كان فى العين حصة موقوفة للخيرات اشترك ناظر الوقف مع باقى الملاك فى تسلم العين وإلى أن يتم تسليم هذه الاعيان تبقى تحت يد الناظر لحفظها ولادارتها وتكون له صفة الحارس .

ورجع على كل مستحق بما يخصه من رسوم الشهر ، وجعل لها فى نظير ذلك كله رسما قدره ٣ ./. من قيمة الأعيان المقسومة أو المبيعة .

فأنشأ لجانا لفحص الطلبات ومراجعة المستندات ، ولجانا أخرى للقسمة أو البيع عند عدم امكانها ، وثالثة للفصل فى الاعتراضات على قرارات القسمة .

ولكن تيسير الاجراءات الذى قصدة المشرع بنقل هذا الحق من اختصاص المحاكم إلى تلك اللجان الأدارية لم يتحقق لأنه تبين عند التطبيق أن تعدد اللجان من جهة ، وطول اجراءاتها مع تعدد مواعيدها من جهة أخرى كان لها أثر كبير فى بطء الأجراءات وتعقدها ، حيث إن اللجنة الأولى تتولى فحص الطلبات ومراجعة المستندات ثم تعد بيانا بأعيان الوقف والمستحقين وحصة كل منهم ، وينشر ذلك البيان فى الجريدة الرسمية فإذا تضرر شخص من هذا البيان كان له حق الاعتراض فى ظرف ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ البيانات إلى المستحقين ، ويرفع اعتراضه إلى نفس اللجنة ، فإذا رفضته كان له أن يرفع طلبه إلى المحكمة المختصة . وعندما تنتهى اللجنة الأولى من عملها بفحص الطلبات والاعتراضات التى ترفع إليها تحيل الموضوع إلى لجنة القسمة لتقوم بدورها من عملية القسمة أو البيع وتقسم الثمن إذا تعذر التقسيم

ثم يأتى بعد ذلك دور اللجنة الثالثه « لجنة الاعتراضات » التى تقوم بفحص الاعتراضات التى ترفع إليها من الخصوم على قرارات لجنة القسمة .

فهذه الكثرة من اللجان لاداعى لها مادام الغرض تبسيط الاجراءات واختصارها كما أن إباحة رفع الاعتراضات على أعمال اللجنة الأولى إلى نفس اللجنة أمر غير سائغ لاحتمال أن تكون اللجنة قد سبق لها سماع أقوال المعترض وأبدت رأيها فيها قبل اعداد البيان المعترض عليه .

من أجل ذلك رؤى اصدار تشريع آخر يبسط تلك الاجراءات ، وينجز عملية القسمة أو البيع فى أقل مدة ممكنه ، فصدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ الذى اختصر اللجان إلى نوعين .

نوع يختص بفحص الطلبات وباجراءات القسمة أو البيع ليتوافق مع اجراءات المحاكم حيث تختص المحكمة الجزئية بالعمليتين معاً ،ونوع يختص بفحص الاعتراضات على الأحكام التى تصدرها لجنة القسمة .

فقرر أن تشكيل هذه اللجان يكون بقرارات من وزير الأوقاف :

لجنة القسمة واختصاصاتها

تؤلف هذه اللجنة من مستشار مساعد لمجلس الدولة رئيسا ينديه رئيس مجلس الدولة ، ومن قاض ينديه وزير العدل واثنين من موظفى وزارة الأوقاف أحدهما من ادارة الشئون القانونية ، وخبير من ادارة الخبراء بوزارة العدل ، على أن لا تقل درجة الأعضاء الآخرين عن الرابعة ، كما صرحت بذلك المادة الثانية من ذلك القانون.

ثم عرض الطريقة التى يقدم بها الطلب إلى هذه اللجنة بعد تشكيلها ، وأنه يكون شاملا لاسم الوقف والأعيان المطلوب قسمتها واسم الحارس على الوقف أو من يتولى ادارة أعيانه وأسماء الشركاء ومحلات اقامتهم ، ومقدار حصة طالب القسمة ، ويرفق بالطلب الأوراق المؤيدة له .

فاذا تم ذلك أمر رئيس اللجنة بتحديد جلسة لنظر هذا الطلب فى ميعاد لايجاوز أسبوعين من تاريخ تقديمه ، وبإرسال صورة من الطلب وتاريخ الجلسة إلى الحارس والشركاء بخطاب موصى عليه بعلم الوصول وبالنسبة للخصوم الذين لا يعلم محل اقامتهم يكتفى فى شأنهم باعلان يصدر فى إحدى الصحف اليومية قبل الجلسة . يذكر فيه

اسم الوقف والجلسة التى تحدد لفظ الطلب كما جاء مفصلا بالمادة الثالثة (١) .

ثم عرض القانون بعد ذلك لبيان اختصاصات هذة اللجنة .

فجعل لها حق الطلبات أولا والتحقق من جديتها ، فإذا ماتأكدت من ذلك كلفت الحارس على الوقف أو من يتولى إدارة أعيانه أن يقدم جميع الاشهادات الصادرة بالوقف والمتضمنة الزيادة فيه والاستبدال منه والأحكام الصادرة فى شأنه وبيانا بأعيان الوقف ومقرها والمنازعات القائمة فية وبمستحق الوقف ومحل اقامة كل منهم ونصيبه وقت صدور قانون حل الأوقاف وهو ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ .

كما جعل من اختصاصها حق الفصل فى جميع المنازعات التى هى من اختصاص المحاكم فى هذا الشأن .

فإن قامت أمامها منازعة جديدة حول صفة طالب القسمة كمستحق فى الوقف أمرت برفض طلبه ، على أن يكون له الحق — بعد هذا الرفض — فى تجديده مرة أخرى اذا ، تقدم بالأوراق الكافية لتأييد حقه مادامت القسمة لم تحصل ، أو يرفع دعوى بحقه أمام المحكمة المختصة .

وان كانت المنازعة حول مقدار استحقاق طالب القسمة فلها أن تمضى فى اجراءات القسمة أو البيع ، وتقدر حصة الطالب على أساس ما تراه ظاهرا من الأوراق .

وكذلك إذا كان النزاع يدور حول حصة غير الطالب من المستحقين ، وللمتضرر أن يرفع دعوى بحقه إلى المحكمة . جاء ذلك مفصلا بالمادة الرابعة (٢) .

وهذ اللجنة تباشر عملها بعد اعلان ذوى الشأن بخطاب موصى عليه بعلم الوصول أو بطريق النشر فى الصحف اليومية وتعول فى عملها بالنسبة لصفة المستحقين ومقدار

(١ و ٢) أنظر نص المادتين فى القانون فى ملحق القوانين فى آخر الكتاب .

أنصبائهم على ما جرى عليه عمل وزارة الأوقاف أو الحراس أو المديرين فيما تحت يدهم من أعيان .

وتتبع فى اجراءات القسمة مانص عليه هذا القانون ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، والأحكام المقررة فى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ مع عدم الاخلال بما نص عليه هذا القانون .

ولها أن تندب من تراه لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ما لم يتفق الخصوم على خبير معين . فاذا كانت الأعيان موضوع الطلب كلها أو بعضها غير قابلة للقسمة أو يترتب على قسمتها ضرر كان للجنة أن تبيعها بالمزاد العلنى حسبما يقرره وزير الأوقاف وتوزع الثمن على المستحقين على مقدار أنصبائهم . فاذا انتهت من تقويم المال وقسمته وكان بين الشركاء غائب أو عديم الأهلية احالت الأوراق إلى لجنة الاعتراضات للتصديق على ما تم من اجراءات .

وقد يحدث ان الحارس او من يتولى ادارة الأعيان موضع الطلب يتأخر فى تقديم المستندات والبيانات المطلوبة فى الموعد الذى حددته له اللجنة ، او يقدم بيانات غير صحيحة ، فى هذه الحالة يكون لها الحق فى ان تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ، او تحكم باقالته وتعيين حارس مؤقت ليتولى ادارة الأعيان حتى تتم اجراءات القسمة نهائيا ، ويكون حكمها نافذاً فوراً ، وتنفيذ الغرامة بالطريق الادارى مع عدم الاخلال باية عقوبة أخرى تقررها القوانين . جاءت هذه الأحكام مفصلة فى المواد من ٥ إلى ٩ (١)

لجنة الاعتراضات

قرر القانون أن لجنة الاعتراضات تشكل بقرار من وزير الأوقاف من مستشار بمحكمة استئناف القاهرة ينتدبه وزير العدل تكون له الرئاسة ، ومستشار مساعد من

---

(١) راجع نص هذه المواد فى ملحق القوانين

مجلس الدولة ينتدبه رئيس المجلس ، ومن خبير من وزارة العدل ، واثنين من موظفى وزارة الأوقاف ، على ألا تقل درجتهم جميعاً عن الدرجة الأولى . وتختص بالنظر فيما يقدمه أصحاب الشأن من أوجه الاعتراض على الحكم الصادر من لجنة القسمة . سواء كان متعلقاً بتقدير أنصبة المستحقين ، أو بتقويم أعيان الوقف أو غير ذلك كما تختص بالتصديق على الإجراءات إذا كان بين الشركاء غائب أو عديم الأهلية . ولا يجوز رفع الاعتراض إلا بعد انتهاء لجنة القسمة من عملها .

وأن هذه الاعتراضات ترفع إليها فى خلال أسبوعين من تاريخ إخطارهم بالقرارات بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، أو بالنشر فى إحدى الصحف اليومية . كما صرحت بذلك المادتان العاشرة والحادية عشرة(١)

قرارات اللجان ومركزها القضائى :

ولكى يتحقق الغرض المقصود من تشكيل هذه اللجان وهو حسم النزاع بسرعة وإيصال الحقوق إلى أصحابها اعتبر القانون القرارات النهائية التى تصدرها لجان القسمة بمثابة أحكام مقررة للقسمة بين المستحقين ، وتشهر فى مصلحة الشهر العقارى والتوثيق بناء على طلب وزارة الأوقاف أو أحد ذوى الشأن وتعلن لهم طبقاً لما هو مبين فى المادة ٣ ويكون لكل من المتقاسمين أن ينفذ على نصيبه فى الأعيان التى قسمت تحت يد الحراس أو المدين أو الشركاء استيفاء لحقه .

ولا يجوز الطعن فى تلك الأحكام إلا إذا كان القرار مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله أو إذا وقع بطلان فى القرار أو بطلان فى الإجراءات أثر فى القرار .

---

(١) راجع نص المادتين فى ملحق القوانين

ويرفع الطعن إلى محكمة الاستئناف بعريضة فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان القرار بخطاب موصى عليه بعلم الوصول . ولا يترتب على رفع الطعن وقف تنفيذ قرار القسمة .

ويلاحظ أن حكم محكمة الاستئناف فى ذلك يكون نهائياً لا يقبل الطعن أمام أية جهة قضائية كما نصت المادتان الثانية عشرة والثالثة عشرة(١) .

ولقد جعل القانون لكل من له حق فى موضوع القسمة ولم يختصم فى إجراءاتها أن يرفع دعوى بحقه أمام المحكمة المختصة وكذلك من لم يعلن من الخصوم أمام اللجنة بسبب عدم معرفة محل إقامته ،غير أنه لا يترتب على رفع هذه الدعوى من أى منهما وقف تنفيذ حكم القسمة إلى أن يصدر حكم يخالفه من تلك المحكمة التى رفع إليها الدعوى ، كما قررته المادة الرابعة عشرة

وبناء على هذا التعديل أوجب القانون إحالة جميع الدعاوى المنظورة أمام اللجان القديمة إلى تلك اللجان الجديدة للسير فيها وفقاً لأحكامه ما لم تكن الدعاوى قد قفل فيها باب المرافعة .

لكنه أبقى حق المحاكم فى نظر دعاوى القسمة المنظورة أمامها حين صدور هذا القانون إلا إذا طلب أحد الخصوم فى الدعوى إحالتها إلى لجنة القسمة الجديدة بالوزارة فإنه حينئذ يجب على المحكمة إحالة الدعوى بحالتها للسير فيها وفقا لأحكام هذا القانون، وعلى اللجنة أن تراعى ما يكون قد صدر فى تلك الدعوى من أحكام قطعية نهائية .

---

(١) راجع النص فى ملحق القوانين .

هذا إذا لم تكن إجراءات الدعوى قد تمت أمام المحكمة وتهيأت لصدور الحكم فيها. كما فصلته المادة الثامنة عشرة .

ولقد بينت المادتان السادسة عشرة والسابعة عشرة ما تستحقه وزارة الأوقاف من رسوم نظير قيامها بهذه الاجراءات وهو ٣ ٪ من قيمة الأعيان المقسومة أو المبيعة ، وأنها تقسم على المستحقين كل بحسب حصته ويكون لهذه الرسوم امتياز على نصيب كل متقاسم بقدر ما يطلب منه ، وهذا الامتياز فى قوة الامتياز المقرر للمصروفات القضائية المنصوص عليه فى المادة ١١٣٨ من القانون المدنى وهو يمنع إتمام نقل ملكيتها قبل سدادها .

وعلى ذلك يجب عن كل من يشترى عقاراً أو أى حق من الحقوق العينية موضوع القسمة ، ولم يكن قد مضى على القرار النهائى بالقسمة عشر سنوات أن يتثبت قبل التعاقد من الوفاء بالرسوم المطلوبة لوزارة الأوقاف ، ويحظر على الموظفين العموميين القيام باجراءات التوثيق أو التسجيل أو القيد فيما يتعلق بأى بيع أو تصرف موضوعه أعيان أو حقوق تمت قسمتها بمقتضى هذا القانون قبل التثبت من سداد الرسوم المستحقة للوزارة .

تسليم الأعيان التى انتهى فيها الوقف

ولقد حدث بعد إنهاء الأوقاف على غير الخيرات أن بقيت بعض هذه الأوقاف مشمولة بحراسة وزارة الأوقاف تتولى إدارتها نظير أخذها رسماً قدره ١٠ ٪ من إيراداتها ، وهذه النسبة تقل كثيرا عما تتكلفه الوزارة فى سبيل ذلك ، وقد كانت تغطى هذه التكاليف من حساب الأوقاف الخيرية المشمولة برعايتها وفيها كثير من

الأراضى الزراعية ولكن بعد أن أستبدلت الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر وسلمت إلى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى قل دخل الوزارة من ريع الأوقاف فأصبح لاحالة من استيفاء التكاليف كلها من ريع تلك الأعيان وهو ضار بأصحابها .

لذى رؤى من المصلحة أن تتخلى وزارة الأوقاف عن ادارة هذه الأعيان وتسليمها لأصحابها ليتولوا إدارتها أواقامة حارس عليها يتولى ذلك نيابة عنهم.

فصدر القانون رقم٥٦ لسنة ١٩٦٠ وهو يقضى بتسليم الأعيان التى انتهى وقفها إلى أصحابها فى خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون متى قاموا بسداد الحقوق المترتبة للوزارة على هذه الأعيان بسبب الحراسة ، وذلك بعد احطارهم بخطابات موصى عليها بعلم الوصول ، فإذا مضت هذه المدة دون أن يتقدم ذوو الشأن أو وكلاؤهم لتسلمها وايفاء الحقوق المترتبة عليها للوزارة قامت الوزارة ببيعها بالمزاد العلنى وفقا للاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير الأوقاف وتوزع الثمن على أصحابها على قدر أنصبائهم .

وتأخذ الوزارة رسما على عملية البيع قدره ٢ ٪ من ثمن الأعيان المبيعة ويخصم من الثمن دون حاجة إلى اتخاذ أى اجراء .

المبحث السادس

فى شهر ملكية الوقف المنتهى

وبيان وضعه القانونى قبل أن يتم شهره

أوجب القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بمادته السادسه[1] على من آلت إليه ـ بحكم القانون ـ ملكية عقار من الوقف المنتهى أو حصة منه أن يقوم بشهر حقه طبقا للاجراءات والقواعد المقررة فى شأن شهر حق[2] الإرث الواردة فى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى ·

وهذه المادة فى فقرتها الثانية تنص على أنه يصدر قرار من وزير العدل بالأحكام التفصيلية الخاصة باجراءات هذا الشهر .

وبناء على ذلك أصدر وزير العدل[3] قراراً مفصلا للاجراءات الواجب اتباعها

---

(١) ونصها « على من آلت إليه ملكية عقار أو حصة من عقار أو حق انتفاع فيه وقفاً لأحكام هذا القانون أن يقوم بشهر حقه طبقاً للاجراءات والقواعد المقررة فى شأن شهر حق الإرث فى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى ويصدر بالأحكام التفصيلية الخاصة بإجراءات هذا الشهر قرار من وزير العدل » .

(٢) وإنما سوى المشرع بين إجراءات شهر الوقف وإجراءات شهر الإرث لما بينهما من الشبه القوى . حيث إن الحق فيهما يثبت من غير أن يكون للمالك دخل فيه

(٣) ونصه :

بعد الاطلاع على المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الصادر بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، وعلى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري .

فى شهر إلغاء الوقف نشر بالجريدة الرسمية فى ٢ أكتوبر بالعدد — ١٣٨ — وأصبح واجب العمل به من هذا التاريخ :

وقد نص القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ الصادر بشأن قسمة الأعيان التى انتهى وقفها على أنه يجوز لكل ذى شأن ولوزارة الأوقاف اشهار طلب القسمة بعد اعلانه

= وعلى ما ارتآه مجلس الدولة قرر :

مادة ١ — يقدم الطلب الخاص بشهر قائمة إلغاء الوقف للمأمورية أو المأموريات التى تقع فى دائرتها اختصاصاتها . ويجب أن يكون موقعاً من المستحق طالب الشهر أو من يقوم مقامه أو من ذى شأن وأن يشتمل على اسم الواقف وأسماء المستحقين الذين تلقى منهم المستحق الأخير حقه فى الوقف مع ذكر تاريخ وفاته وتاريخ أيلولة الاستحقاق إليه والبيانات المتعلقة بالعقار والبيانات الخاصة بالتكليف وذلك طبقاً للموضح فى البندين « ثالثاً وخامساً » من المادة ٢٢ من قانون الشهر العقارى .

ويجب فوق ما تقدم أن توضح بالطلب البيانات المتعلقة برسم الأيلولة المستحق وما دفع منه إذا كان الاستحقاق لاحقاً لتاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بفرض رسم أيلولة على التركات .

مادة ٢ — يجب أن تقرن بالطلب الأوراق الآتية :

أولا — الإشهاد الشرعى بالوقف .

ثانياً — ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن وجد .

ثالثاً — كشوف رسمية عن عقارات الوقف مستخرجة من دفاتر التكليف وعوائد المبانى .

رابعاً — شهادة من مصلحة الضرائب برسم الأيلولة المستحق وما دفع منه

خامساً — حكم من المحكمة بتعيين الحصة الشائعة للخيرات والمرتبات بالنسبة إلى الوقف إن لم تكن معينة على وجه التحقيق .

سادساً — مصادقة الناظر والمستحقين على نصيب كل منهم أو حكم من المحكمة

طبقا لما هو مبين فيه وطبقا للاجراءات المقررة فى شأن شهر صحيفة دعوى الملكية ويكون له نفس الآثار القانونية التى تترتب على اشهار صحيفة دعوى الملكيه كما صرحت به مادته الخامسة عشرة .

أما وضعه القانونى قبل أن يتم شهره . فمن المعلوم أن هذه الأعيان قبل صدور هذا القانون كانت أوقافا يجرى عليها أحكام الوقف وللنظار سلطان التصرف فيها فى حدود النظارة المشروعة ، فجاء القانون ووضعها فى وضع آخر ، فاعتبر هذا النوع من الأوقاف منتهيا ، وجعل ملكية أعيانه للواقف فى بعض الصور ؛ وللمستحقين فى بعضها الآخر ، ولكنه شرط فى ثبوتها أن يقوم من آلت إليه بشهرها فى الشهر العقارى ، فقبل الشهر لا توجد ملكية ..

وإذا كان القانون قد صرح بأنه يعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية

— المختصة بتحديد الأنصبة .

مادة ٣ — يقدم الطالب للمالية قائمة جرد العقارات ومعها صورة الطلب المؤشر عليها بقبول إجراء الشهر ويبين فى هذه القائمة ما يستحقه الطالب من حصة شائعة طبقاً للوارد فى حجة الوقف .

وتؤشر المأمورية على قائمة الجرد بما يفيد صلاحيتها للشهر وذلك بعد التحقق من اشتمالها على البيانات الموضحة بصورة الطلب المسلم للطالب .

وبعد التوقيع على القائمة من طالب الشهر أو من يقوم مقامه والتصديق على توقيعه وإيراد الرسم النسبي تقدم لمكتب الشهر المختص لإجراء شهرها وفقا للمادتين ٣١ ، ٣٢ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المشار إليه :

مادة ٤ — يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

١٠ محرم سنة ١٣٧٢	وزير العدل
٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٢	أحمد حسنى

والملكية لم تثبت بمجرد صدوره ، بل توجد بعد فترة من الزمن تقصر أو تطول حسب سرعه الإجراءات أو بطئها . .

فما هو الوضع القانونى لأعيان الوقف فى الفتره الواقعة بين تاريخ العمل بالقانون وتاريخ تسلم المستحقين لأنصبتهم منها ؟

أتكون وقفا كما كانت وتبقى صلة النظار بها على ما كانت عليه أم تزول عنها صفة الوقفية وتنقطع صله النظار بها ؟

يرى بعض الكاتبين فى هذا الموضوع أن صفة الوقف باقية لهذه الأعيان حتى يتم شهرها فتزول هذه الصفة ويحل محلها صفة أخرى هى الملكية ، وتبعاً لهذا تبقى للنظار صفتهم ، ويكون النزاع فى هذا المال نزاعا فى وقف تطبق عليه أحكامه ، ويتبع فيه إجراءاته ، وصاحب هذا الرأى يقول : إن الإلغاء الوارد فى مادته الثانية إلغاء اعتبارى يتوقف تمامة على ثبوت الملك للمستحقين . .

وهذا الرأى غير سديد . لأنه لا يلزم من تأخير (١) ثبوت الملكية بقاء صفة الوقف . حيث ان هذه الصفة انتهت بصريح المادة الثانية ، فان التعبير « يعتبر منتهيا الخ » يدل على انتهاء كل وقف على هذه الصفة ، وتأخير الملكية شىء ضرورى

---

(١) يلاحظ أن تأخير الملكيـة فى الوقف المنتهى إنما هى فى العقار فقط ، اقرأ المادة السادسة « على من آلت إليه ملكية عقار أو حصة فى عقار أو حق انتفاع فيه وفقاً لأحكام هذا القانون أن يقوم بشهر حقه الخ » .

والمادة ٣ — يصبح ما ينتهى فيه الوقف على الوجه المبين فى المادة السابقة ملكا للواقف الخ . ومن مجموع هاتين المادتين يكون القانون قد أنهى الأوقاف وأثبت ملكيتها للمستحقين إلا ما يحتاج ثبوت الملكيـة فيـه إلى الشهر وهو العقار فإنه يتأخر ثبوت الملكية إلى ما بعد الشهر لتناسق بين القوانين فى الدولة الواحدة .

اقتضته ضرورة اتساق هذا القانون مع قانون الشهر العقارى الذى يجعل التسجيل شرطاً لثبوت ملكية العقار .

ولقد كان المشروع الأول لهذا القانون — الذى نشر بالصحف — ينص على أن ما انتهى فيه الوقف يصبح ملكا لمستحقيه وقت الحكم بانتهائه ، ولكن القانون صدر على وضع آخر . وهو اعتباره منتهيا ، وثبوت الملكية فى العقار بعد الشهر .

على أن القوانين المكملة لهذا القانون أثبتت فى وضوح أن صفة الناظر زالت وثبتت له صفة الحراسة على هذه الأموال ، وهذه نتيجة طبيعية لزوال صفة الوقف ، وإلا فما المقتضى لهذا التغيير ؟

جاء فى المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ المعدل لقانون الإلغاء عبارة صريحة فى ذلك نصها « وإلى أن يتم تسلم هذه الأعيان تبقى تحت يد الناظر لحفظها ولإدارتها وتكون له صفة الحارس » .

وفى المادة الرابعة من القانون رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية وتعديل مصارفها « ويعتبر الناظر حارساً على الوقف حتى يتم تسليمه »

وبهذا لا يكون للأعيان الموقوفة على غير جهات البر صفة الوقف بعد صدور قانون الإلغاء ، والنزاع فيها لا يكون نزاعا فى مال موقوف ، كما لا يكون لمن يتولى شئونها صفة النظارة السابقة ، بل أصبح حارسا والمال فى يده أمانة ، وليس وكيلا عن المستحقين كما اعتبره قانون الوقف .

وهذه الأموال — إذا كانت عقارا — كما لا توصف بأنها موقوفة لا توصف بأنها مملوكة ولكنها أموال أخرجت من حالة ينتظر بها للتمليك متى تمت وسائله .

ولاغرابة فى هذا . فإن المال المحجوز من تركة المتوفى من أجل الجنين المنتظر لايوصف بأنه مملوك لا لصاحبه الأول لوفاته ، ولا للجنين لعدم خروجه إلى الحياة بعد

انتهاء الأحكار

وتبع إلغاء الوقف الأهلى إلغاء جميع الأحكار المرتبة على أرض كانت موقوفة وقفاً أهلياً ، لأن هذا الحق ثبت لصاحبه على أرض موقوفة فلما زالت عنها صفة الوقف زال معها ذلك الحق فيطبق عليه أحكام القانون المدنى بشأن انتهاء الحكر المقررة فى المادة ١٠٠٨ وما بعدها . كما صرحت بذلك المادة السابعة من قانون الإلغاء

والمادة (١٠٠٨) من القانون المدنى تقرر فى فقرتها الثالثة : أن حق الحكر ينتهى قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة .

والمادة (١٠١٠) فى فقرتها الأولى تقرر أنه عند انتهاء الحكر يكون للمحكر أن يطالب إما إزالة البناء والغراس أو استبقاءها مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحق الإزالة أو البقاء ، وهذا كله إذا لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذا شأن الأحكار التى كانت مقررة على أعيان موقوفة وقفا أهليا .

أما الأحكار المقررة على أعيان موقوفة وقفا خيريا فقد صدر بشأنها القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ وتنص مادته الأولى على أنه :

« ينتهى حق الحكر المترتب على أعيان موقوفة بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف إذا اقتضت المصلحة ذلك ، وفى هذه الحالة وما لم يحصل اتفاق بين الوزارة والمحتكر على ثمن الأرض المحكرة تباع العين المحكرة

بوفقاً للأحكام المقررة للبيع الاختيارى بقانون المرافعات .

ويختص مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض، والمحتكر بباقى الثمن سواء أ كانت الأرض مشغولة ببناء أوغراس أم لم تكن مشغولة بشىء من ذلك .

فإذا وقع نزاع على ثمن الأرض فى الحالة التى تكون فيها الأرض مشغولة ببنـاء أو غراس فصلت فى هذا النزاع إحدى دوائر محكمة استئناف مصر ويكون حكمها غير قابل لأى طعن »

فهذه المادة جعلت الحق فى إنهاء الأحكار على الأرض الموقوفة وقفـاً خيرياً لوزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف ، وقد استمر الأمر كذلك إلى أن صدر القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحة اجراءاتها فجعل هذا الحق من اختصاص لجنة شئون الاوقاف التى يرأسها وزيرها أو وكيلها عند غيابه كما صرحت بذلك مادته الثالثة فى فقرتها الثانية .

الخـــاتمة

فى بيان ما آلت إليه الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر نتيجة لتشريعات الاصلاح الزراعى

لمـا صدر المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشـأن الإصلاح الزراعى وحدد الملـكية الزراعية صدر بعـده المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإنهـاء الأوقاف على غير جهات البر لوجود أوقف أهلية على بعض الأشخاص تزيد عن الحد الأعلى للملـكية الزراعية التى حددت .

ولمـا كانت الأوقاف على جهـات البر التى بقيت فيها أراضى زراعية كبيرة المساحة وهى بوضعها لا تتفق مع ماقصده قانون الإصلاح الزراعى من تعميم الملكيات الصغيرة ، فتنسيقا بين القوانين المتعلقة بالأراضى الزراعية صدر القـانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ لينظم استبدال الأراضى الزراعية الموقوفة على جهـات البر ثم عدلت بعض أحكامه بالقانونين رقم ١ لسنة ١٩٥٨ ، ورقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠، وهى تقضى باستبدال تلك الأراضى فى مدة أقصاها ثلاث سنوات على دفعات بما يوازى الثلث فى كل سنة وفقـاً لما يقرره مجلس الأوقاف الأعلى أو الهيئات التى تتولى شئون أوقاف غير المسلمين حسب الأحوال . فتسلم إلى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى لتقوم بتوزيعها وفقاً لأحكام المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ كما جاء بالمـادتين الاولى والثانية . وأن تؤدى تلك الهيئة لمن له حق النظر على الاوقاف سندات تساوى قيمة الاراضى الزراعية والمنشآت الثابتة وغير الثابتة والاشجـار المستبدلة مقدرة وفقـاً

لقانون الإصلاح الزراعى ، كما تؤدى إليه فوائد تلك السندات بمقدار ٣ ٪

وهذه السندات تستهلك خلال ثلاثين سنة على الأكثر تؤدى الهيئـــة قيمة ما يستهلك منها إلى المؤسسة الاقتصادية .

كما جاء بالمادة الثالثة بعد تعديلها :

ثم تقوم المؤسسة الاقتصادية باستغلال قيمة مايستهلك من هـذه السندات فى المشروعات التى تؤدى إلى تنمية الاقتصاد القومى وفقاً لاحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٧ .

ثم تؤدى إلى من له حق النظر على الوقف ريعا يحدد سنويا بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى مجلس إدارة المؤسسة الاقتصادية بحيث لايقل عن ٥ر٣ ٪ كما جاء بالمادة الرابعة .

ولما كانت هذه المبالغ التى تتسلمها المؤسسة أموالا موقوفة على جهات البر لأنها بدل أعيان موقوفة كذلك ، وهى بوضعها الأخير عرضة للخطر فقـد رؤى لزيادة المحافظة عليها أن تكون مضمونة السداد هى والحد الأدنى لريعها فجاء القانون رقم ١ لسنة ١٩٥٨ بإضافة فقرة جديدة إلى المادة الرابعـة من القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ تقول :

« تضمن الحكومة المؤسسة الاقتصادية فى سداد المبالغ التى تتسلمها وفقاً لحكم هذه المادة ،وفى سداد الحد الادنى للريع المشار إليه »

وبعـد ذلك جعل لمن له حق النظر على الوقف صرف مايتسلمه من فوائد السندات والريع على المستحقين وفقـاً لشروط الواقف مع مراعاة أحكام القانون

رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ الذى يجعل لوزير الأوقاف حق صرف ريع الوقف إلى جهة أخرى غير الجهة التى عينها الواقف إذا رأى المصلحة فى ذلك كما صرحت المادة الخامسة .

ثم جاء القانون بحكم استثنائى وهو أنه يجوز استثناء من أحكام هذا القانون بقرار من رئيس الجمهورية فيما لا تجاوز مائتى فدان فى كل حالة بالنسبة للأراضى الزراعية التى يكون النظر فيها لغير وزارة الاوقاف ، وكذلك يجوز الاستثناء فيما يتعلق بطريقة استغلال المستهلك من قيمة هذه الأراضى كما صرحت به المادة السادسة

فالاستثناء من أصل الاستبدال ومن طريقة استغلال المستهلك من قيمة الأراضى المستبدلة بأن تستغل فى غير المؤسسة الاستهلاكية ، ويلاحظ أن الاستثناء جعل الحد الأعلى للمقدار المستثنى مائتى فدان وهو أقصى حد للملكية الفردية حين صدور القانون .

ولكن ذلك الحد الأعلى نقص فيما بعد إلى مائة فدان فقط فهل ينزل معه مقدار الاستثناء كذلك إلى مائة فدان أو يبقى كما هو ؟

ينبغى أن يتغير من أجل المحافظة على تناسق القوانين فى الدولة الواحدة .

ونكتفى بهذا القدر ، ونحمد الله جلت قدرته على توفيقه ونسأله سبحانه المزيد منه بيده الخير وهو على كل شىء قدير .

ملحق
بالقوانين التى صدرت بشأن
الأوقاف

قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦

بأحكام الوقف

إنشاء الوقف وشروطه

مادة ١ — من وقت العمل بهذا القانون لايصح الوقف ولا الرجوع فيه ولا التغيير فى مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة.

مادة ٢ — سماع الإشهادات المبينه بالمادة الأولى عدا مانص عليه فى المادة الثالثة من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية الشرعية التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة أو من يحيلها عليه من القضاة أو الموثقين الذين يعينهم وزير العدل لهذا الغرض بالمحكمة المذكورة دون سواهم.

وإذا تبين للموثق وجود مايمنع من سماع الإشهاد ، رفع الأمر لرئيس المحكمة ليفصل فيه أو يحيله على أحد القضاة.

مادة ٣ — سماع الإشهاد المشتمل على الحرمان الوارد بالفقرة الأولى من المادة ٢٧ وسماع الإشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر قبل العمل بهذا القانون أو بالتغيير فى مصارفه من اختصاص هيئة التصرفات بالمحكمة التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمه دون غيرها.

وتدعو المحكمة فى الحالة الأولى من يراد حرمانه . وفى الحالة الثانية جميع المستحقين فى حياة الواقف ومن يستحقون بعده مباشرة بمقتضى نص كتاب الوقف أو إشهاد التغيير لسماع أقوالهم.

مادة ٤ — يرفض سماع الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل بمقتضى أحكام هذا القانون أو الأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم الشرعية أو إذا ظهر أن المشهد فاقد الأهلية

وقرار هيئة التصرفات الصادر بسماع أو رفض الإشهاد الذى تختص بسماعه يكون من التصرفات التى يجوز استئنافها .

وإذا لم يكن قرار الرفض الصادر من رئيس المحكمة أو القاضى فى مواجهة الطالب وجب على قلم الكتاب إعلانه به بكتاب موصى عليه .

وللطالب أن يتظلم من هذا الرفض فى مدى سبعة أيام من تاريخ صدوره فى مواجهته أو من تاريخ إعلانه به .

وتنظر هيئة التصرفات بالمحكمة هذا التظلم ، ويكون قرارها نهائياً .

مادة ٥ — وقف المسجد لا يكون إلا مؤبداً ويجوز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتاً أو مؤبداً ، وإذا أطلق كان مؤبداً . أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتاً ، ولا يجوز على أكثر من طبقتين .

ويعتبر الموقوف عليهم طبقة واحدة إذا عينهم الواقف بالاسم حين الوقف ، رتب بينهم أم لم يرتب ، وإن كانوا غير معينين بالاسم اعتبر كل بطن طبقة ، ولا يدخل الواقف فى حساب الطبقات .

وإذا أقت الوقف على غير الخيرات بمدة معينة وجب ألا تتجاوز ستين عاماً من وقت وفاة الواقف .

ويجوز للواقف تأقيت وقفه الصادر قبل العمل بهذا القانون طبقاً لأحكام الفقرات السابقة متى كان له حق الرجوع .

مادة ٦ — إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح ، صح الوقف وبطل الشرط .

مادة ٧ — وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية .

مادة ٨ — يجوز وقف العقار والمنقول .

ولا يجوز وقف الحصة الشائعة فى عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقى منه موقوفاً واتحدت الجهة الموقوف عليها ، أو كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة .

ويجوز وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالا جائزاً شرعاً .

مادة ٩ — لا يشترط القبول فى صحة الوقف ، ولا يشترط كذلك فى الاستحقاق ما لم يكن الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانونا ، فإنه يشترط فى استحقاقها القبول .

فإن لم يقبل من يمثلها انتقل الاستحقاق لمن يليها متى وجد ، وإن لم يوجد أصلا أخذ الموقوف حكم الوقف المنتهى المبين فى المادة ١٧ .

مادة ١٠ — يحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر أنه أراده وإن لم يوافق القواعد اللغوية .

الرجوع عن الوقف والتغيير فى مصارفه :

مادة ١١ — للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه ، كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك ، على ألا ينفذ التغيير إلا فى حدود هذا القانون .

ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له ، أو ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالى أو لضمان حقوق ثابتة قبل الوقف .

ولا يجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ولا فيما وقف عليه [١] .

ولا يصح الرجوع أو التغيير إلا إذا كان صريحاً .

الشروط العشرة :

مادة ١٢ — للواقف أن يشترط لنفسه لا لغيره الشروط العشرة أو ما يشاء منها وتكرارها على ألا تنفذ إلا فى حدود هذا القانون .

مادة ١٣ — فيما عدا حق الواقف الذى شرطه لنفسه يكون الاستبدال فى الوقف من اختصاص المحكمة الشرعية ، ولها ذلك متى رأت المصلحة فيه .

أموال البدل

مادة ١٤ — [٢] تشترى المحكمة بناء على طلب ذوى الشأن بأموال البدل المودعة بخزائنها عقاراً أو منقولا يحل محل العين الموقوفة . ولها أن تأذن بإنفاقها فى إنشاء مستغل جديد .

ويجوز لها — إلى أن يتيسر ذلك — أن تأذن باستثمار أموال البدل بأى وجه من وجوه الاستثمار الجائز شرعا كما أن لها أن تأذن بإنفاقها فى عمارة الوقف دون الرجوع فى غلته .

وإذا كانت هذه الأموال ضئيلة ولم يتيسر استثمارها ولم يحتج إلى إنفاقها فى العمارة اعتبرت كالغلة وصرفت مصرفها .

مادة ١٥ — إذا لم يطلب ذوو الشأن تطبيق أحكام المادة السابقة على أموال البدل المودعة خزائن المحاكم الشرعية فى مدى سنة من تاريخ العمل بهذا القانون ، فلمحكمة التصرفات بالقاهرة بناء على طلب وزير العدل أن تشترى بها مستغلات من

---

(١) عدلت بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٧ فصارت، ولا يجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ابتداء ولا فيما وقف عليه ابتداء .

(٢) ألغيت هذه المادة والتى بعدها بالقانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ .

عقار أو منقول أو تأذن بإنشـاء مستغلات بها ، وهـذا مع مراعاة ما نص عليـه فى الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة السابقة .

ويكون جميع ما ينشأ أو يشترى مشتركا بين الأوقاف المستحقة فى هذه الأموال بنسبة ما لـكل وقف فيها ، وتخرج المحكمة نظار الأوقاف التى تتبعها هذه المستغلات من النظر عليها وتقيم عليها ناظراً :

انتهاء الوقف :

مادة ١٦ — ينتهى الوقف بانتهاء المدة المعينة أو بانقراض الموقوف عليهم ، وكذلك ينتهى فى كل حصة منه بانقراض أهلها قبل انتهاء المدة المعينة أو قبل انقراض الطبقة التى ينتهى الوقف بانقراضها . وذلك ما لم يدل كتاب الوقف على عود هـذه الحصة إلى باقى الموقوف عليهم أو بعضهم فإن الوقف فى هـذه الحـالة لا ينتهى إلا بانقراض هذا الباقى أو بانتهاء المدة .

مادة ١٧ — إذا انتهى الوقف فى جميع ما هو موقوف على ذوى الحصص الواجبة طبقاً للمادة ٢٤ أو فى بعضه أصبح ما انتهى فيه الوقف ملـكا للواقف إن كان حياً ، فإن لم يكن صار ملـكا للمستحقين أو لذرية الطبقة الأولى أو الثانية حسب الأحوال ، فإن لم يكن منهم أحد منهم أحد صار ملـكا لورثة الواقف يوم وفاته وإلا كان للخزانة العامة .

وإن انتهى الوقف فى جميع ما هو موقوف على غيرهم أو فى بعضه أصبح ما انتهى فيه الوقف ملـكا للواقف إن كان حياً أو لورثته يوم وفاته ، فإن لم يكن له ورثة أو كانوا وانقرضوا ولم يكن لهم ورثة كان للخزانة العامة .

مادة ١٨ — إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ولم تمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيباً فى الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتاً طويلا انتهى الوقف فيه ، كما ينتهى الوقف فى نصيب أى مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا .

ويكون الانتهاء بقرار من المحكمة بناء على طلب ذى الشأن .

ويصير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حياً ، وإلا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه .

الاستحقاق فى الوقف :

مادة ١٩[1] — إذا كان الوقف على القربات ولم يعين الواقف جهة من جهات البر أو عينها ولم تكن موجودة ، أو لم تبق حاجة إليها أو زاد ريع الوقف على حاجتها، صرف الريع أو فائضه بإذن المحكمة إلى من يكون محتاجا من ذريته ووالديه بقدر كفايته ، ثم إلى المحتاج من أقاربه كذلك ثم إلى الأولى من جهات البر ، وفى حالة ما إذا لم تكن جهة البر التى عينها الواقف موجودة ثم وجدت كان لها ما يحدث من الريع من وقت وجودها .

مادة ٢٠ — يبطل إقرار الموقوف عليه لغيره بكل أو بعض استحقاقه كما يبطل تنازله عنه.

مادة ٢١ — إقرار الواقف أو غيره بالنسب على نفسه لا يتعدى إلى الموقوف عليهم متى دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار .

مادة ٢٢ — مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧ يبطل شرط الواقف إذا قيد حرية المستحق فى الزواج. أو الإقامة أو الاستدانة إلا إذا كانت لغير مصلحة .

مادة ٢٣[2] — يجوز للمالك أن يقف مالا يزيد على ثلث ماله على من يشاء من ورثته أو غيرهم أو على جهة بر . وتكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته ، ويدخل فى تقدير ماله الأوقاف التى صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافاً ليس له حق الرجوع فيها .

---

(١) ألغيت بالمادة السادسة من القانون رقم ٢٤٨ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) ألغيت بالمادة الثانية من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠

ومع مراعاة أحكام المادة ٢٤ يجوز له أن يقف كل ماله على من يكون موجوداً وقت موته من ذريته وزوجه أو أزواجه ووالديه .

وإذا لم يوجد عند موته أحد من المبينين في المادة ٢٤ جاز وقفه لكل ماله على من يشاء .

مادة ٢٤ — مع مراعاة أحكام المادة ٢٩ ، يجب أن يكون للوارثين من ذرية الواقف وزوجه أو أزواجه ووالديه الموجودين وقت وفاته استحقاق في الوقف فيما زاد على ثلث ماله وفقاً لأحكام الميراث ، وأن ينتقل استحقاق كل منهم إلى ذريته من بعده وفقاً لأحكام هذا القانون .

ولا يجب هذا الاستحقاق لمن يكون الواقف قد أعطاه بغير عوض ما يساوى نصيبه عن طريق نصيب آخر ، فان كان ما أعطاه أقل مما يجب له استحق في الوقف بقدر ما يكمله .

مادة ٢٥ ـ لا يجوز حرمان أحد من كل أو من بعض الاستحقاق الواجب له وفقاً لأحكام المادة ٢٤ ولا اشتراط ما يقتضى ذلك إلا طبقاً للنصوص الآتية .

ويعتبر المحروم في حكم من مات في حياة الواقف بالنسبة لما حرم منه .

ويعود له حقه إذا زال سبب الحرمان .

مادة ٢٦ ـ يحرم المستحق من استحقاقه في الوقف إذا قتل الواقف قتلا يمنع من الإرث قانوناً .

مادة ٢٧ ـ للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب من كل أو بعض ما يجب له وأن يشترط في وقفه ما يقتضى ذلك متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لما ذكر .

وللزوجة أن تحرم زوجها من وقفها أو تشترط حرمانه منه إذا تزوج بغيرها وهى في عصمته أو إذا طلقها .

مادة ٢٨ — للواقف أن يجعل استحقاق كل من الزوجين ومن الوالدين لمدة حياته ثم يكون من بعده لذرية الواقف .

مادة ٢٩ — للواقف أن يجعل لفرع من توفى من أولاده فى حياته استحقاقاً فى الوقف بقدر ما كان يجب لأصله بمقتضى المادة ٢٤ لو كان موجوداً عند موت الواقف ، وبقدر ما يكمله ولو تجاوز هذا الاستحقاق ثلث ماله .

مادة ٣٠ — إذا حرم الواقف أحداً ممن لهم حق واجب فى الوقف بمقتضى أحكام هذا القانون من كل أو بعض ما يجب أن يكون له فى الوقف أعطى كل واحد من هؤلاء حصته الواجبة ووزع الباقى على من عدا المحروم من الموقوف عليهم بنسبة ما زاد فى حصة كل منهم وإن كانوا من ذوى الحصص الواجبة ، وبنسبة ما وقف عليهم إن كانوا من غيرهم :

ولا يتغير شىء من الاستحقاق إذا لم يرفع المحروم الدعوى بحقه من التمكن الشرعى خلال سنتين شمسيتين من تاريخ موت الواقف ، أو رضى كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف وينفذ رضاه بترك بعض حقوقه ولا يمس ذلك ما بقى منه .

مادة ٣١ — يجوز استغلال الدار الموقوفة للسكنى ، وتجوز السكنى فى الدار الموقوفة للاستغلال ما لم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها .

مادة ٣٢ — إذا كان الوقف على الذرية مرتب الطبقات لا يحجب أصل فرع غيره ، ومن مات صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه .

ولا تنقض قسمة ريع الوقف بانقراض أى طبقة ويستمر ما آل للفرع متنقلا فى فروعه على الوجه المبين فى الفقرة السابقة إلا إذا أدى عدم نقضها إلى حرمان أحد من الموقوف عليهم .

مادة ٣٣ — مع مراعاة أحكام المادة ١٦ إذا مات مستحق وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عاد نصيبه إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها .

وإذا كان الوقف مرتب الطبقات وجعل الواقف نصيب من يموت أو يحرم من

الوقف أو يبطل استحقاقه فيــه لمن فى طبقته أو لأقرب الطبقات إليه كان نصيبه لمن يكون فى طبقته من أهل الحصة التى كان يستحق فيها .

مادة ٣٤ — يكون حكم نصيب من حرم من الاستحقاق أو بطل الاستحقاق لرده حكم نصيب من مات .

ويعود إلى المحروم نصيبه متى زال سبب الحرمان .

مادة ٣٥ — إذا كان الوقف مرتب الطبقات ولم يوجد أحد فى طبقة منها صرف الريع إلى الطبقة التى تليها إلى أن يوجد أحد من أهل تلك الطبقة فيعود الاستحقاق إليها .

مادة ٣٦ — إذا جعل الواقف غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم وشرط لغيرهم مرتبات فيها ، قسمت الغلة بالمحاصة بين الموقوف عليهم وذوى المرتبات بالنســبة بين المرتبات وباقى الغلة وقت الوقف إن علمت الغلة وقته ، وإن لم تعلم وقت الوقف قسمت الغلة بين أصحاب المرتبات والموقوف عليهم على اعتبار أن للموقوف عليهم كل الغلة ولأصحاب المرتبات حصة بقدر مرتباتهم . على ألا تزيد المرتبات فى الحالتــين عما شرطه الواقف .

مادة ٣٧ — إذا شرط الواقف سهاماً لبعض الموقوف عليهــم ومرتبات لبعض الآخر كانت المرتبات من باقى الوقف بعــد السهام . فإذا لم يف الباقى بالمرتبات قسم على أصحابها بنسبتها ،

مادة ٣٨ — تنقص المرتبات بنسبة ما ينقص من أعيان الوقف .

مادة ٣٩ — إذا اختص بعض الموقوف عليهم بنصيبه مفرز من الأعيان

الموقوفة فبيع جبراً فى دين على الواقف غير مسجل ، أو فى دين مسجل على جميع الأعيان الموقوفة ، كان لمستحقة نصيب فى باقى الأعيان الموقوفة يعادل قيمة مازاد على نصيبه فى الدين الذى بيعت العين من أجله .

وإذا كان الدين مسجلا على الحصة التى بيعت دون غيرها الحصة ولم يكن مستحقها من أصحاب الأنصباء الواجبة طبقاً للمادة ٢٤ فإنه لا يستحق شيئاً فى باقى أعيان الوقف أما إذا كان من أصحاب الأنصباء الواجبة وكان الدين المسجل على العين أقل من قيمتها وقت وفاة الواقف ، وكان الفرق يفى بنصيبه فلا يترتب على بيعها وفاء لهذا الدين أى حق له فى المطالبة بأى نصيب فى باقى الموقوف ، وإذا كان الفرق بين الدين وثمن العين أقل أو أكثر من قيمة نصيب المستحق صحح الاستحقاق طبقاً للمادتين ٢٤ و ٣٠ .

قسمة الوقف :

مادة ٤٠ (١) — لكل من المستحقين أن يطلب فرز حصته فى الوقف متى كان قابلا للقسمة ولم يكن فيها ضرر بين .

ويعتبر الناظر على الحصة الخيرية قانوناً كأحد المستحقين فى طلب القسمة . وتحصل القسمة بواسطة المحكمة وتكون لازمة .

مادة ٤١ — إذا شرط الواقف فى وقفه خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو فى حكم المعينة وطلبت القسمة فرزت المحكمة حصة تضمن غلتها ما لأرباب هذه المرتبات بعد تقديرها طبقاً للمواد ٣٦ و ٣٧ و ٣٨ على أساس متوسط غلة

---

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩

الوقف فى خمس السنوات الأخيرة العادية . وتكون لهم غلة هذه الحصة مهما طرأ عليها من زيادة أو نقص .

مادة ٤٢ — إذا قسم الموقوف بين المستحقين يؤدى كل مستحق للخيرات أو المرتبات غير الدائمة أو غير معينة المقدار ما يناسب حصته فى الوقف .

مادة ٤٣ — لا تجوز قسمة الموقوف فى حياة الواقف إلا برضائه ويجوز له الرجوع عنها .

النظر على الوقف :

مادة ٤٤ — يبطل إقرار الناظر لغيره بالنظر على الوقف منفرداً كان أو مشتركاً .

مادة ٤٥ — لا يجوز للناظر أن يستدين على الوقف إلا بإذن المحكمة الشرعية وذلك فيما عدا الالتزامات العادية لإدارة الوقف واستغلاله .

مادة ٤٦ — إذا قسمت المحكمة الوقف أو كان لمستحق نصيب مفرز وجب إقامة كل مستحق ناظراً على حصته متى كان أهلا للنظر ، ولو خالف ذلك شرط الواقف .

مادة ٤٧ [١] — إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه لمن شرط له ثم لمن يصلح له من ذرية الواقف وأقاربه ثم لوزارة الأوقاف هذا ما لم يكن الواقف غير مسلم وكان مصرف الوقف جهة غير إسلامية . فإن النظر عليه يكون لمن تعينه المحكمة مع ملاحظة أن هذا الترتيب ترتيب فى الصلاحية .

مادة ٤٨ — إذا لم يقسم الوقف لا تقيم المحكمة عليه أكثر من ناظر واحد إلا إذا رأت المصلحة فى غير ذلك .

---

(١) ألغيت بالمادة السادسة من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

ولها فى حالة تعدد النظر أن تجعل لأكثريتهم حق التصرف فيا يختلفون فيه .

وفى جميع الأحوال يجوز إفراد كل ناظر بقسم من الوقف يستقل بالنظر عليه .

مادة ٤٩ — لا يولى أجنبى على الوقف إذا كان فى المستحقين من يصلح للنظر عليه .

فإذا اتفق من لهم أكثر الاستحقاق على اختيار ناظر معين أقامه القاضى إلا إذا رأى المصلحة فى غير ذلك .

ويعتبر صاحب المرتب كمستحق بنسبة مرتبه لريع الوقف ، ويقوم ممثل عديم الأهلية أو الغائب مقامه فى الاختيار .

وتقرر هيئة التصرفات انتهاء ولاية الناظر الأجنبى متى وجد من المستحقين من يصلح لها .

محاسبة الناظر ومسئوليته :

مادة ٥٠ — يعتبر الناظر أميناً على مال الوقف ووكيلا عن المستحقين .

ولا يقبل قوله فى الصرف على شئون الوقف أو على المستحقين إلا بسند عدا ما جرى العرف على عدم أخذ سند به .

والناظر مسئول عما ينشأ عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته ، وهو مسئول أيضاً عما ينشأ عن تقصيره اليسير إذا كان له أجر على النظر .

مادة ٥١ — إذا كلف الناظر أثناء نظر تصرف أو دعوى بتقديم حساب عن الوقف المشمول بنظره ولم يقدمه مؤيداً بالمستندات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة أو لم ينفذ ما كلفته به مما يتعلق بالحساب جاز لها أن تحكم عليه بغرامة

لا تزيد على خمسين جنيها ، فإذا تكرر الامتناع جاز لها زيادة الغرامة إلى مائة جنيه

ويجوز للمحكمة أن تمنح باقى الخصوم فى التصرف أو الدعوى هذه الغرامة أو جزءاً منها .

ويجوز كذلك حرمان الناظر من أجر النظر كله أو بعضه .

فإذا قدم الناظر الحساب أو نفذ ما أمر به وأبدى عذراً مقبولا عن التأخير جاز للمحكمة أن تعفيه من كل أو بعض الغرامه أو من الحرمان من كل أو بعض أجر النظر .

مادة ٥٢ — يجوز للمحكمه فى أى درجة من درجات التقاضى أثناء النظر فى أى تصرف أو دعوى متعلقة بالوقف أن تحيل الناظر على محكمة التصرفات الابتدائية إذا رأت ما يدعو للنظر فى عزله .

مادة ٥٣ — لمحكمة التصرفات عند إحالة الناظر عليها أو أثناء النظر فى موضوع العزل — بعد تمكين الناظر من إبداء دفاعه — أن تقيم على الوقف ناظراً مؤقتاً يقوم بإدارته إلى أن يفصل فى أمر العزل نهائياً .

عمارة الوقف :

مادة ٥٤ — يحتجز الناظر كل سنة ٢,٥ فى المائة من صافى ريع مبانى الوقف يخصص لعمارتها ويودع ما يحتجز خزانة المحكمة ، ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة ، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا بإذن من المحكمة .

أما الأراضى الزراعية فلا يحتجز الناظر من صافى ريعها إلا ما يأمر القاضى باحتجازه للصرف على إصلاحها أو لإنشاء أو تجديد المبانى والآلات اللازمة لإدارتها أو الصرف على عمارة المبانى الموقوفة التى شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن .

وللناظر ولكل مستحق إذا رأى أن المصلحة فى إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تعديله أن يرفع ذلك إلى المحكمة لتقرر ما ترى فيه المصلحة .

وتطبق هذه الأحكام ما لم يكن للواقف شرط يخالفها .

مادة ٥٥ — مع مراعاة أحكام المادة السابقة ، إذا احتاجت أعيان الوقف كلها أو بعضها لعمارة تزيد نفقتها على خمس فاضل غلة الوقف فى سنة ولم يرض المستحقون بتقديم العمارة على الصرف إليهم ، شرط الواقف تقديم العمارة أم لم يشرطه ، وجب على الناظر عرض الأمر على المحكمة لتأمر بعد سماع أقوال المستحقين بصرف جزء من الغلة للقيام بالعمارة باحتجاز جميع ما تحتاج إليه العمارة أو باستخدام الاحتياطى المبين فى المادة السابقة كله أو بعضه .

وتتبع هذه الأحكام فى الصرف على إنشاء ما ينمى ريع الوقف عمـــلا بشرط الواقف .

ومع مراعاة أحكام المادة ١٨ يجوز للمحكمة أن تبيع بعض أعيان الوقف لعمارة باقية بدون رجوع فى غلته متى رأت المصلحة فى ذلك .

أحكام ختامية :

مادة ٥٦ — تطبق أحكام هذا القانون على جميع الأوقاف الصادرة قبل العمل به عدا أحكام الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٥ والمادة ٨ والشرط الخاص بنفاذ التغيير فى المادة ١١ وبنفاذ الشروط العشرة فى المادة ١٢ وأحكام المادتين ١٦ و ١٧ .

مادة ٥٧ — لا تطبق أحكام المادة ٢٠ على الاقرارات الصادرة قبل العمل بهـذا القانون .

ولا أحكام المـادة ٢٢ فى الأحوال التى خولفت فيها الشروط الواردة بها قبل العمل بهذا القانون .

ولا تطبق أحكام المواد ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٧ و ٣٠ على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون التى مات واقفوها أو كانوا أحياء وليس لهم الرجوع فيها .

ولا أحكام المـادة ٢٦ إذا وقع القتل قبل العمل بهذا القانون .

ولا أحكام الفقرة الثانية من المـادة ٣٢ فى الأحوال التى نقضت فيهـا قسمة الريع قبل العمل بهذا القانون .

مادة ٥٨ — لا تطبق أحكام المواد ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ و ٤٥ إذا كان فى كتاب الوقف نص يخالفها ، وذلك بدون إخلال بأحكام المـادتين ٢٤ و ٣٠ فى الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون .

مادة ٥٩ — ليس لمن ثبت له استحقاق فى غلة الوقف أو زاد استحقاقه فيها بناء على تطبيق أحكام هـذا القانون أن يطالب بذلك إلا فى الغلات التى تحدث بعد العمل به .

مادة ٦٠ — الأحكام النهائية التى صدرت قبل العمل بهذا القانون فى غير الولاية على الوقف تـكون نافذة بالنسبة لطرفى الخصومة ، ولو خالفت أحـكام هـــذا القانون .

مادة ٦١[1] — لا تطبق أحكام المواد ١٢ و ١٥و١٩و٢٢و٢٣و٢٤و٢٥و٢٧ و٣٠و٣٢و٣٣ و ٣٤ و ٣٥ و ٤٠ و ٤١ و ٤٢ ومن ٤٥ لغاية ٥٥ على الأوقاف التى صدرت أو تصدر من الملك وكذلك لا تسرى هـذه المواد على الأوقاف التى

(١) ألغيت بالمرسوم بقانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٥٢

يديرها ديوان الأوقاف الملكية أو يكون له حق النظر عليها سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أو بعده .

مادة ٦٢ — على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بقصر عابدين فى ١٢ رجب سنة ١٣٦٥ — ١٢ يونيه سنة ١٩٤٦ .

نشر بالعدد رقم ٦١ من الوقائع الرسمية فى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٦ .

القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢

بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات

مادة ١ — لا يجوز الوقف على غير الخيرات .

مادة ٢ — يعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصاً لجهة من جهات البر .

فإذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر اعتبر الوقف منتهيا فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات . ويتبع فى تقدير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف .

مادة ٣ — يصبح ما ينتهى فيه الوقف على الوجه المبين فى المادة السابقة ملكا للواقف إن كان حيا وكان له الحق الرجوع فيه . فإن لم يكن آلت الملكية

للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق . وإن كان الوقف مرتب الطبقات آلت الملكية للمستحقين الحاليين وللذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله فى الاستحقاق .

ويتبع فى تعيين تلك الحصة الأحكام المنصوص عليها فى المواد ٣٦ و ٣٧ و ٣٨ و ٣٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر .

مادة ٤ — استثناء من أحكام المادة السابقة لا تؤول الملكية إلى الواقف متى ثبت أن استحقاق من سيخلفه فى الاستحقاق كان بعوض مالى أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف وفقاً لأحكام المادة ١١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ السالف الذكر . وفى هذه الحالة يؤول ملك الرقبة إلى من سيخلف الواقف من المستحقين كل بقدر حصته على الوجه المبين فى المادة السابقة . ويكون للواقف حق الانتفاع مدى حياته .

ويعتبر إقرار الواقف بإشهاد رسمى بتلقى العوض أو ثبوت الحقوق قبله حجة على ذوى الشأن جميعاً متى صدر خلال الثلاثين يوما التالية للعمل بهذا القانون .

مادة ٥ — تسرى القواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة على أموال البدل المودعة خزائن المحاكم وعلى ما يكون محتجزاً من صافى ريع الوقف لأغراض العمارة أو الإصلاح

مادة ٦ — على من آلت إليه ملكية عقار أو حصة فى عقار أو حق انتفاع فيه وفقاً لأحكام هذا القانون أن يقوم بشهر حقه طبقاً للإجراءات والقواعد المقررة فى شأن شهر حق الإرث فى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى .

ويصدر بالأحكام التفصيلية الخاصة بإجراءات هـــذا الشهر قرار من وزير العدل :

مادة ٧ — يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتباً على أرض انتهى وقفها وقفا لأحكام هذا القانون ، وفى هذه الحالة تتبع الأحكام المقرره فى المواد ١٠٠٨ وما بعدها من القانون المدنى .

مادة ٨ — تستمر المحاكم الشرعية فى نظر دعاوى القسمة التى رفعت لإفراز الحصص فى أوقاف أصبحت منتهية بمقتضى هذا القانون .

ويكون للأحكام التى تصدرها تلك المحاكم فى هذا الشأن أثر الأحكام الصادرة من المحاكم المدنية فى قسمة المال المملوك[1] .

مادة ٩ — يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون .

مادة ١٠ — على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

صدر بقصر عابدين فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٣٧١ هـ — ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ م .

الوقائع عدد ١٣٢ مكرر فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ .

المذكرة الايضاحية

نشأ نظام الوقف أداة لتشجيع التصدق على الفقراء عن طريق حبس الملك على

---

(١) أضيف إلى هذه المادة فقرة أخيرة بالقانون رقم ٣٩٩ لسنة ١٩٥٣ ونصها كالآتى « وتستمر هذه المحاكم فى نظر دعاوى الاستحقاق التى ترفع فى شأن الأوقاف التى أصبحت منتهية بمقتضى هذا القانون » .

وجه التأبيد، بيد أن تطور الأوضاع الاقتصادية في عالم اليوم كشف عن مسافة الخلف بين آثار الوقف وبين ما تتطلبه الأوضاع الاقتصادية من حرية تداول المال وماجد في ثناياها من معاني البر . ولذلك أضحى نظام الوقف أداة لحبس المال عن التداول وعقبة في سبيل تطور الحياة الاقتصادية على نحو جعل الفقراء في طليعة ضحايا هذا النظام ، ذلك ان نصيبهم من خيرات الوقف تضاءل حتى أصبح عديم الجدوى فضلا عن أن حبس الأموال حال دون استثمارها على وجه يفسح مجال العمل والكسب الكريم لهؤلاء الفقراء وهذه هي أرفع صور البر وأبلغها في معنى التقرب إلى الله وفي تحقيق أهداف النظام الجديد.

على أن استهلال العهد الجديد بإصدار تشريع الإصلاح الزراعي للحد من الملكية الزراعية كان ضرورة تقتضي التنسيق بين نظام الوقف وبين أغراض هذا الإصلاح ومناسبة موفقة لإعادة النظر في هذا النظام على الأقل فيما يتصل بحبس الملك على غير الخيرات ، وقد قصد من المشروع المرافق إلى إلغاء نظام الوقف على غير الخيرات حتى يتسنى تطبيق أحكام تشريع الإصلاح الزراعي على الأراضي الزراعية الموقوفة التي يتمتع فيها المستحقون بحكم الواقع بمركز لا يختلف في جوهره عن مركز الملاك في الوقت الحاضر وحتى يتسنى إطلاق طائفة جسيمة من الأموال من عقالها لتصبح عنصراً من عناصر التداول والاستثمار في العهد الجديد فيفسح المجال لليد العاملة في الزراعة والصناعة والتجارة على حد سواء .

وقد نصت المادة الأولى على إلغاء نظام الوقف على غير الخيرات بالنسبة إلى المستقبل ، وقررت المادة الثانية انتهاء كل وقف لا يكون مصرفه خالصاً في الحال لجهة من جهات البر وقضت كذلك بانتهاء كل وقف يكون مصرفه مشتركا بين المستحقين من غير جهات البر ، وبين الخيرات أو المرتبات الدائمة المقررة لجهات البر فيما عدا حصة

شائعة تكفى غلتها للوفاء بتلك الخيرات والمرتبات ، وأحالت المادة نفسها على التشريع الخاص بأحكام الوقف فيما يتعلق بتقدير وإفراز تلك الحصة .

وعرضت المادة ٣ لمآل ملكية الوقف المنتهى ، فجعلتها للواقف أن كان حياً وكان له حق الرجوع حتى لايحرم الواقف من استعمال هذا الحق فيما لو آلت الملكية إلى المستحق ، ويستوى فى ذلك أن يكون الواقف قد احتفظ لنفسه بغلة الوقف بأن أقام نفسه مستحقا فيه مابقى حيا أو أن يكون قد جعل الاستحقاق لغيره حال حياته ، فإن لم يكن الواقف حيا أو لم يكن له الرجوع فى وقفه آلت الملكية إلى المستحقين الحاليين فى الوقف كل بقدر حصته ، ويقصد بالمستحق فى هذا الشأن كل من شرط له الواقف نصيبا فى الغلة أو سهما أو مرتبا ، على أنه رئى فى الوقف المرتب الطبقات أن تؤول الملكية إلى المستحقين الحاليين فيه وإلى ذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم لأن هذه الذرية كانت محجوبة على سبيل التوقيت ومن العدل ألا يرتب هذا الحجب أثره بالنسبة إلى تملك الوقف ،وقد أحال المشروع على التشريع الخاص بأحكام الوقف فيما يتعلق بأسس تعيين نصيب المستحق أيا كانت صورة الاستحقاق .

على أنه رئى أن تستثنى من نطاق القواعد العامة التى نصت عليها المادة ٣ حالة إنشاء الوقف بعوض أو ضمانا لحقوق كانت ثابتة قبل الواقف ، مع إرجاء إستحقاق من أدى العوض أومن ثبت له الحق إلى مابعد موت الواقف ، فقضت المادة ٤ بأن تؤول رغبة الملك إلى من كان سيخلف الواقف فى الاستحقاق مع الاحتفاظ للواقف مدى حياته بحق الانتفاع تمشياً مع رغبة الطبقات ، وبدهى أن الملكية الكاملة تخلص لمن آلت إليه الرغبة بعد موت الواقف ، وقد رئى تيسيراً لضمان استقرار الحقوق وحسم المنازعات بإشهاد رسمى أن يعتبر إقرار الواقف بإشهاد

رسمى بتلقى العوض أو بثبوت الحق قبله حجة على ذوى الشأن جميعا متى صدر هذا الاقرار خلال الثلاثين يوما التالية للعمل بهذا القانون .

وجعلت المادة ٥ لأموال البدل وما يحتجز من الأموال لأغراض العمارة والإصلاح حكم الاستحقاق من حيث انتقال الملك فى تلك الأموال إلى المستحقين ونظمت المادة ٦ إجراءات الشهر العقارى بالنسبة إلى الحقوق العينية التى تؤول إلى ذوى الشأن بسبب تطبيق هذا القانون ، وواجهت المادة ٧ مصير حقوق الحكر المرتبة على الوقف المنتهى فأخضعته للأحكام المقررة فى القانون المدنى فى شأن انتهاء حق الحكر بسبب زوال صفة الوقف وأخيراً رئى أن يتضمن المشروع حكما وقتيا فى المادة ٨ بالنسبة إلى دعاوى القسمة التى تكون قد رفعت قبل العمل بهذا القانون ومازالت منظورة أمام المحاكم الشرعية ، فقضت هذه المادة باستمرار تلك المحاكم فى نظرها قصداً للنفقة والوقت كما قضت بأن الأحكام التى تصدر فى شأن قسمة الأموال المملوكة من المحاكم المدنية .

القانون رقم ٣٤٢

بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢

مادة ١ — يستبدل بالفقرة الثانية من المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه النص الآتى :

« فإذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر اعتبر الوقف منتهيا فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات » .

ويتبع في تقدير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف الا بالنسبة الى غلة الأطيان الزراعية فتكون غلتها هي القيمة الإيجارية حسبما هي مقدرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعي » .

مادة ٢ — تضاف الى المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه الفقرة الآتية :

« وتسلم هذه الأموال وكذلك الأعيان التي كانت موقوفة إلى مستحقيها بناء على طلب أي منهم وتكون صفة المستحق السابقة ونصيبه في الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند مطالبته بالتسليم وإذا كان في العين حصة موقوفة للخيرات اشترك ناظر الوقف مع باقي الملاك في تسلم العين .

وإلى أن يتم تسلم هـــذه الأعيان تبقى تحت يد الناظر لحفظها ولإدارتها وتكون له صفة الحارس .

وتسري في جميع الأحوال أحكام الشيوع الواردة في المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدني مع مراعاة أحكام الفقرة السابقة » .

مادة ٣ — تضاف مادتان جديدتان إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه يكون رقمها ٥ مكرراً ٨ مكررا كالآتي :

مادة ٥ (مكرراً) لا يجوز اتخاذ اجراءات التنفيذ على ما ينتهي فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقاً للمواد السابقة وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون وكذلك تظل أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين في الأوقاف الأهلية إلا في حدود معينة سارية على ريع الأعيان التي ينتهي فيها الوقف

وذلك بالنسبة إلى الإشخاص الذين تؤول إليهم ملكية هـــذه الأعيان طبقاً للمواد السابقة متى كانت الديون المحجوز من أجلها أو المتنازل عنها سابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون .

فإذا كان الدائن قد حول إليه استحقاق مدينه فى الوقف ضمانا لدينه فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقا لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه فى ريع تلك الأعيان وبنفس المرتبه التى كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان وذلك استيفاء لدينه فى الحدود المعينه بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ سالف الذكر ويبقى للدائن هذا الحق ما دام مدينة على قيد الحياة .

ويجوز لمن كانوا دائنين للوقف ذاته أن ينفذوا بحقوقهم على ريع أعيانه ويتقدمون فى ذلك على دائنى الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية تلك الأعيان كما يكون لهم إذا شهروا حقوقهم خلال سنة وفقا لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذوا على ريع تلك الأعيان تحت أى يد كانت .

ويراعى فى تطبيق هذه الماده عدم الإخلال بحكم الماده ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى ،

ماده ٨ (مكرراً) ـ يجوز للمحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم الشرعية الحضور أمام المحاكم فى الدعاوى التى تنشأ بسبب تطبيق أحكام هذا المرسوم بقانون.

ومع ذلك لا يجوز الحضور أمام محكمة النقض ومحاكم الاستئناف إلا للمحامين المقبولين للمرافعة أمام المحكمة العليا الشرعية ،

ماده ٤ — على وزير العدل والأوقاف كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نفاذ المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ،

صدر بقصر عابدين فى ٥ ربيع الثانى سنة ١٣٧٢ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢
الوقائع عدد ١٦٢ مكرر فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢

المذكرة التفسيرية

لوحظ من أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ نصت على أنه يتبع فى تقدير الحصة الشائعة الخاصة بالخيرات أحكام المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ولما كان تقدير قيمة هذه الحصة بالنسبة إلى الأراضى الزراعية قد يثير كثيراً من المشاكل لذلك رؤى النص على أنه يتبع فى تقدير غلة الأطيان الزراعية. القيمة الإيجارية حسبما هى مقدرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى

ورغبة فى إزالة حالة القلق الناتجة عن إنهاء الوقف على غير الخيرات وما يترتب عليها من مشاكل بسبب تسلم الأعيان والأموال التى كانت موقوفة رؤى حسم هذا الموضوع بالنص على أن تسلم إلى مستحقيها بناء على طلب أى منهم وتكون صفة المستحق السابقة ونصيبه فى الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند مطالبته بالتسليم ، وبذلك يمكن وضع حد لما قد يثيره نظار الأوقاف من منازعات فى صفة المستحق ونصيبه فى الاستحقاق من شأنه يمنع تسليم هذه الأعيان والأموال ، وقد نص أيضا على اشتراك ناظر الوقف مع باقى الملاك فى تسلم العين إذا كان فيها حصة موقوفة للخيرات .

ولما كانت نظارة الأوقاف على غير الخيرات قد زالت بصدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فقد رؤى النص على بقاء الأعيان تحت أيديهم لحفظها وإدارتهم حتى يتم تسلمها أن تكون لهم فى هذه الفترة صفة الحارس ولم يفت المشروع النص

على سريان أحكام الشيوع الواردة فى المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدنى مع مراعاة أحكام الفقرة السابقة .

وقد لوحظ أيضاً أن المستحقين فى الأوقاف كانوا يتمتعون قبل صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بحماية القانون سواء بالنسبة إلى أعيان الوقف إذ كان محظورا على الدائنين اتخاذ اجراءات التنفيذ عليها أو بالنسبه إلى غلة الوقف إذا قد نص القانون ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ على عدم جواز الحجز عليها أو النزول عنها إلا فى حدود معينه . وقد ترتب على زوال صفة الوقف حرمان المستحقين من حماية القانون فى هاتين الناحيتين ؛ ولما كان هـذا الأمر يقتضى سرعة تدخل المشرع لحمايتهم وإلا انقلب التشريع أداة أضرار بهم ووسيلة لتمكين دائنيهم منهم بتخويلهم حقوقا لم تكن لهم من قبل ، فقد رؤى لذلك اضافة حكم جديد يقضى باستمرار هذه الحماية فنص على أنه لايجوز التنفيذ على ماينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين يؤول إليهم ملكية أعيانه كما نص على استمرار سريان أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين فى الأوقاف الأهلية بالنسبة إلى هؤلاء الاشخاص وهذا كله مشروط بكون الديون سابقة على تاريخ العمل بأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

والمقصود بكلمة الريع الواردة بالمشروع هو ثمرة العين سواء أ كانت أجرة أم غلة أم غير ذلك ، وقد نص المشروع على حماية الدائنين الذين كانت حولت لهم استحقاقات مدينيهم فى الأوقاف ضمانا لديونهم فابقت لهم هـذه الضمانات فقضى المشروع على أنه إذا كان الدائن قد حول إليه استحقاق مدينه فى الوقف ضمانا لدينه فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقا لإجراءات شهر حق الإرث أن

تنفذ على نصيب مدينه فى ريع تلك الأعيان بنفس المرتبة التى كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان وذلك استيفاء لدينه فى الحدود المبينة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ ، ويبقى للدائن هذا الحق مادام مدينه على قيد الحياة .

أما بالنسبة إلى الديون التى كانت على الوقف ذاته فقد رؤى النص على أنه يجوز للدائنين أن ينفذوا بحقوقهم على ريع أعيانه ويتقدمون فى ذلك على دائنى الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية هذه الأعيان وأجيز لهم أيضاً أن ينفذوا على ريع هذه الاعيان تحت أى يد كانت متى شهروا حقوقهم خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث .

ولما كانت المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى تنص على أن الأرض التى توزع بمقتضاه على صغار الفلاحين تسلم لهم خالية من الديون لذلك رؤى النص على عدم مخالفة أحكام هذا المشروع للمادة المذكورة .

ولما كان من نتيجة إلغاء نظام الوقف على غير الخيرات أن قل العمل فى المحاكم الشرعية وبالتالى يقل عمل المحامين المقبولين للمرافعة لديها . فقد رؤى افساح الطريق أمام هؤلاء المحامين حتى لاتتعطل أسباب كسبهم وأجيز لهم الحضور أمام المحاكم فى الدعاوى التى تنشأ بسبب تطبيق أحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ مع قصر حضور المحامين أمام محكمة النقض ومحاكم الاستئناف على المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحكمة العليا الشرعية وذلك أسوة بما نص عليـــه فى المادة ٨٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ باصدار قانون المحاكم الحسبية وفي المادة ٩٧١ من قانون المرافعات وقد أعد المشروع المرافق متضمنا

الأحكام الجديدة التى رؤى اضافتها إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ والأحكام المعدلة لنصوصه ورؤى أن يعمل بها من تاريخ نفاذ هذا المرسوم بقانون وقد أقر مجلس الدولة هذا المشروع .

القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣

بشأن النظر على الأوقاف الخيرية وتعديل مصارفها على جهات البر

المادة الأولى : إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها أو عينها ولم تكن موجودة أو وجدت مع وجود جهة بر أولى منها جاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وإجازة المحكمة الشرعية أن يصرف الريع كله أو بعضه على الجهة التي يعينها دون تقيد بشرط الواقف .

المادة الثانية :(١) إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه بحكم هذا القانون لوزارة الأوقاف مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين الاسم .

فإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع أو كان على جهة بر خاصة كدار الضيافة أو لفقراء الأسرة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لأحد أفراد أسرة الواقف ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد.

المادة الثالثه : ومع ذلك إذا كان الواقف غير مسلم والمصرف غير جهة إسلامية كان النظر لمن تعينه المحكمة الشرعية مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم .

المادة الرابعة : على كل ناظر لوقف مستقل أو شائع سواء انتهت نظارته أو

(١) ألغي القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ من هذه المادة الفقرات ٢ ، ٣ ، ٤ .

بقيت أن يخطر وزارة الأوقاف بأعيان الوقف ومقره مرفقا بالإخطار جميع الإشهادات الصادرة به والمتضمنة الزيادة فيه أو الاستبدال منه أو صورها الرسمية على أن يكون الاخطار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول فى مدى ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون .

وعلى من انتهت نظارته أن يسلم أعيان الوقف للوزارة مع جميع الأموال التابعة له والبيانات والمستندات المتعلقة به وذلك فى مدى سته أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون .

ويعتبر الناظر حارسا على الوقف حتى يتم تسليمه .

المادة الخامسة . يعاقب بالحبس وبغرامه لا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل ناظر وقف خيرى أخل بواجب الإخطار المبين بالمادة السابقة أو لم يقدم المستندات ، وكل ناظر وقف انتهت نظارته وأخل بواجب تسليم أعيان الوقف لوزارة الأوقاف .

المادة السادسة : تلغى المادتان ١٩ و ٤٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ المشار إليه كما يلغى كل نص يخلف أحكام هذا القانون .

المادة السابعة . على وزيرى العدل والأوقاف كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

صدر بقصر عابدين فى ٨ رمضان سنة ١٣٧٢ ـ ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ الوقائع العدد ٤٢ مكرر فى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ .

مذكرة إيضاحية

لمشروع القانون بشأن النظر على الأوقاف الخيرية وتعديل مصارفها على جهات البر

١ — الوقف الخيرى الذى يصرف ريعه على جهة بر سواء أنشىء خيريا أو لم تعرف جهة الصرف الموقوف عليها بأن كان وقفاً مما يعرف بالوقف المندثر تتعدد مصارفه اليوم حسب ظروف كل وقف وشروطه بصورة تجعل الصرف أحيانا على بعض الجهات ضربا من السخف أو سبيلا لمخالفة الشرع فى حين أن الغاية التى أجيز الوقف من أجلها أو حكمة التشريع هى التقرب إلى الله تعالى بالصدقة الجارية أو ما ينفع الناس ويعين على صلاح حالهم ، ويقوى شوكة المسلمين بإحياء العلوم والفنون وشحذ الهمة للجهاد وكفالة أسر المجاهدين إلى غير ذلك مما يتمخض عن نفع عام ، وتقادم الزمن على هذه الأوقاف وعدم إدراك بعض الواقفين لخير المصارف التى يأتى بها الزمن ويجدها الأيام كل ذلك يجعل من الضرورى اليوم أن تشرف جهة عامة على توجيه ريع الأوقاف الخيرية إلى المصاريف ذات النفع العام التى يؤدى الإنفاق عليها إلى مجاراة نهضة الأمة وتحقيق أحسن الغايات الخيرية التى تلائم العصر دون تقيد بشروط الواقف أو تمسك بجهة معينة بذاتها تأبيداً . والسبيل إلى تحقيق تلك الغاية هو ترك حرية اختيار جهة البر التى ينفق عليها ريع الوقف لوزير الأوقاف بالاتفاق مع مجلس الأوقاف الأعلى متى أجازته المحكمة الشرعية . على أن يقيد هذا الاختيار بأن يكون المصرف الجديد أولى من جهة البر التى نص عليها الواقف وتحديد الأولوية يرتبط قطعاً بتحديد غاية أسمى أو منفعة أعم أو مصلحة أكبر فاطعام الفقراء مثلا خير من إلقاء الورود وسعف النخيل على المقابر ، والصرف على جيش مصر أولى من الصرف على جيش الدولة العلية التى زالت علة الوقف عليه .

إلى غير ذلك من الأمثلة التى نجدها من يحاول أن يحقق للأمة من مصاريف الوقف ما تنتفع به انتفاعا صحيحاً .

وإن اختلف الفقهاء فى جواز مخالفة شرط الواقف فــــلا خلاف فى أن البر وهو غاية الواقفين يــكون أقرب مثالا كلما بدا وجه النفع فى مصرفه ، وليس هذا بدعا فى الفقه الإسلامى ، بل هو رأى بعض كبار أئمة الفقة الإسلامى ومنهم ابن قدامة فقد جاء فى كتابه المغنى بالصحيفة ٢٠٠ جزء ٦ ما يأتى :

« إن المصرف الذى سماه الواقف لا يلزم ولا يتعين الصرف إلية إذا كان غيره أصلح منه حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند نظراً إلى أن المقصد الأصلى هو القربة وهى تــكون أتم فيما هو أصلح »

وقال فقهاء المـــالــكية : إن كان الحبس فى شأن منفعة عامة كقنطرة ومدرسة ومسجد فخربت ولم يرج عودها ففى مصرف ريعــــه قولان : أحدهما : أن يصرف فى قربة أخرى . أى قربة كانت . ماثلت الجهة الموقوف عليها أو لم تماثلها ، والثانى : إنه يصرف لمثلها إن أمــكن فيعطى ما للمسجد لمسجد آخر ؛ وما للمدرسة لمدرسة أخرى ، وإن لم يمــكن يصرف فى قربة أخرى .

وغنى عن البيان أن كل جهـــة من جهات الــبر يعتبر الوقف عليها صحيحاً فى نظر فقهاء الشريعة الإسلامية وفى تشريعات الأوقاف السابقة ومنها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ يجوز أن يــكون موضع اختيار الوزير فى صرف ريع الوقف إليها بشرطين اثنين — أن تــكون أولى من الجهة المعينة فى حجة الوقف وأن يقرر هذا الاختيار مجلس الأوقاف الأعلى . وأن تجيزه المحكمة الشرعية .

وغنى عن البيان أن لوزير الأوقاف أن يغير مصرف الوقف على الوجه المتقدم

ذكره حتى ولو كان الواقف ناظراً على الوقف أو تولى النظر من عينه الواقف بالاسم

٢ — جرى التشريع فى شئون الوقف حتى اليوم على أن الولاية على الوقف حق مطلق للواقف ، ومرد ذلك إلى أن الأوقاف كانت فى الماضى تنشأ أكثر الأحيان أهلية على الواقف وذريته ثم على جهات البر .

أما اليوم وقد ألغى الوقف الأهلى بالقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ واقتصر الأمر على الأوقاف الخيرية فينبغى أن تتبدل هذه القاعدة توحيداً لمصاريف الأوقاف وحسن اختيار جهات البر وتسديد توجيهها إلى نفع عام وذلك باعتبار وزارة الأوقاف وهى الجهة العامة المهيمنة على الأوقاف — صاحبه الولاية أصلا على كل وقف . على أن ذلك لا يتنافى مع ما يباح للواقف أن يأخذ لنفسه أو لغيره معيناً بالاسم فى إشهاد الوقف من الولاية على وقفه ، فإن لم يشترط لنفسه أو لغيره بالاسم كان النظر للجهة صاحبة الولاية الأصلية وهى وزاره الأوقاف ، وليس فى هـذا قيد على حرية الواقفين ولا غصب لحقهم فى الولاية ، إذ قد يرى الواقف نفسه حين الإشهاد أن وزارة الأوقاف أقدر منه على إدارة وقفه وحسن توجيه مصارفه ، ونفع هذا الاتجاه فى التشريع لا ريب فيه ، وذلك بقطع دابر التنافس على النظر والأمن من شغور الوقف أن تضييع مصالحه فيما يشجر من خلاف ، وتأمين مصارف الوقف ، وحسن إدارة الأوقاف أمل منشود فى المستقبل القريب . وقد أخذ التشريع بإقرار النظر للواقف إذا اشترطه لنفسه كما أقر اشتراطه لغيره لمعين بالاسم دون للمعين بالصفة . ذلك لأن الناظر المعين بالاسم حكمه حكم الوصى المختار ، وذلك لثقة الواقف به أو حسن بلائه له واطمئنانه إليه بصورة حملته أن يجعله رضيع نفسه والقائم مقامه فيما يتقرب به إلى الله معيناً باسمه دون سائر المحيطين به .

وإذا اشترط الواقف لنفسه أو لغـير المعين بالاسم النظر كان له ذلك ما دام

حيا مستكمل أسباب الأهلية وحسن التصرف فى وقفه . فإذا ما أساء التصرف أو فقد الأهلية أو ارتكب خيانة أخرج من النظر بالطريق القانونى وحلت محله وزارة الأوقاف بغير حاجة إلى إقامة أو تعيين ، بل بحكم ولايتها الأصلية التى يسبغها عليها القانون . .

وتحاشيا لإعنات الأسر ومضايقتها بالتدخل فى خاصة شئونها والإشراف على ماخصص لتفعها أو وجه لسد حاجة أفرادها أجاز القانون لوزارة الأوقاف أن تترك النظر على مالا ترى النظر عليه من أمثال هذه الأوقاف .

كذلك الحال إذا كان الوقف تافة القيمة محدود الريع لايتناسب مع ما يتكبده قيام جهة عامة على شأنه فإن من الجائز للوزارة أن تتخلى عن حقها فى النظر لأحد أفراد أسرة الواقف ، ويكون تنازل الوزارة فى هذه الحالة هو سند النظارله . حكمه حكم المعين من الواقف بالأسم ، وعلى الوزارة فى هذه الحالة أن ترفع الأمر للمحكمة لإقراره ما لم يظهر للقضاء ما يمنع من إقامته . .

٣ — ثم قضت المادة الرابعة بنصوص واضحة صريحة على مايجب على النظار الحاليين اتخاذه من إجراءات للتخلى عما بأيديهم من الأوقاف للوزارة التى آل إليها النظر فى هذه الأوقاف فأوجب عليهم إخطارها فى مدى ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون بكل ما يحدد مقومات الوقف وأن يسلموا كل ما بأيديهم من مستنداته ، ثم ألزمهم بتسليم أعيانه وأمواله وسائر ما يتعلق به فى مدى ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون حلا وقتيا لمشكلة شغور الوقف وتسليم أعيانه للناظر الجديد بالنص على اعتبار يد الناظر فى فترة الانتقال يد حارس حتى لا يلحق الوقف ضرر من إهماله فى هذه الفترة ، لأن الحارس مسئول عن الوقف مسئولية الناظر محاسب على العبث بأمواله محاسبته من الناحيتين الجنائية والمدنية ، وسوى القانون فى

ذلك بين الوقف المستقل والشائع لأن الإخطار لا فرق فيه بين الحالين ، والتسليم يمكن أن يكون شائعاً بتمكين الوزارة من إدارة نصيب الخيرات حتى تتم القسمة والفرز ، وذلك حتى لا يكون الشيوع مسوغا للتأخر عن الإخطار أو التسليم أو يتخذ وسيلة للمماطلة فى أيهما .

ونظراً لما يخشاه المشرع من تشبث بعض النظار بغير حق بالإبقاء على الوقف بين أيديهم أو الإبطاء فى تسليم أعيانه ومستنداته أو التلاعب فى ذلك والتهرب منه فقد جاء بنص المادة الخامسة التى قضت بعقاب من يخالف أحكام هذا القانون بالحبس والغرامة التى لا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وقد راعى فى تقدير العقوبة أن تكون زاجرة مرهبة لمن تحدثه نفسه – حرصا على الانتفاع بأموال الأوقاف أو العبث بها بغير حق — أن يتأخر فى الإخطار عن الوقف أو يستبقيه فى يده مدة أطول من هذه المدة التى رأى المشرع أنها كافية لإمكان التسليم .

وقد أعد مشروع قانون بذلك وعرض على مجلس الدولة فأقره بالصيغة المرافقة وتتشرف وزارة الأوقاف بعرض هذا المشروع على مجلس الوزراء للموافقة عليه وإصداره ؟

وزير الأوقاف

القانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣

بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣

مادة ١ — يستبدل بالمادة الثانية رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه النص الآتى :

« المادة الثانية — إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه بحكم هذا القانون لوزارة الاوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه .

فإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع أو كان على جهة بر خاصة كدار الضيافة أو لفقراء الأسرة جاز لوزارة الاوقاف أن تنزل عن النظر لأحد أفراد أسرة الواقف ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد » .

ماده ٢ — يستبدل بالماده الثالثة من القانون المشار إليه النص الآتى :

« المادة الثالثة — ومع ذلك إذا كان الواقف غـير مسلم والمصرف غير جهة إسـلامية كان النظر لمن تعينة المحكمة الشرعية ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه »

ماده ٣ — تعدل الفقرة الثانية من المـادة الرابعة من القانون المشار إليه على الوجـــه الآتى .

« وعلى من انتهت نظارته أن يسلم أعيان الوقف للوزارة مع جميع الأعيان التابعة له والبيانات والمستندات المتعلقة به وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ انتهاء نظارته »

ماده ٤ — على وزير العدل والأوقاف كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية . .

صدر بقصر الجمهورية فى ٥ ربيع الاول سنة ١٣٧٣ هـ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٣

الوقائع العدد ٩١ مكرر فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٣

مذكرة إيضاحية

لمشروع القانون ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣

بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ الصادر بشأن النظر على الأوقاف الخيرية وتعديل مصارفها على جهات البر .

صدر القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه مقررا النظر لوزارة الأوقاف على الأوقاف التى على جهات البر ، وجاءت المادة الثانية منه باستثناء من مقتضاه أن يكون النظر للواقف ، أو للمعين بالاسم إذا اشترط الواقف ذلك .

ولما كان الغرض من ذلك التشريع أن تلم وزارة الأوقاف بجهات البر ، وما يرصد لها وأن تشرف على ذلك إشرافا فعليا لايتحقق لها ذلك إلا بالنظر على هذه الأوقاف ولكن رئى أن من المصلحة أن يترك للواقف إذا اشترط النظر لنفسه .

ولما كان يبين أن هذه العلة لاتتوفر فى شىء بالنسبة إلى المعين بالاسم ولا محل لقيام الاستثناء بالنسبة لهذه الحالة الأخيرة ، ومن الخير أن ينضوى تحت الحكم العام أن يكون النظر فى هذه الحالة إلى وزارة الأوقاف .

ولما كانت المادة الثالثة قد اشتملت على حكم مماثل رئى تعديلها على الصورة التى تتفق مع تعديل المادة الثانية .

والتعديلان المتقدما الذكر يقتضيان تعديلا للفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون المذكور فى الشق الخاص بسريان المدة التى يجب على الناظر الذى انتهت نظارته تسليم الأعيان الموقوفة فيها ، ويقتضى هذا التعديل أن يكون سريان المدة المذكورة من تاريخ انتهاء نظارة الناظر ، وبذلك تسرى المدة بالنسبة للنظار الذين انتهت نظارتهم من وقت العمل بالقانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ من تاريخ العمل بالقانون المذكور . وبالنسبة للنظار الذين ستنتهى نظارتهم بصدور التشريع المعدل من وقت العمل به .

لذلك تتشرف وزارة الأوقاف بتقديم القانون المرافق لمجلس الوزراء مفرغا فى الصيغة التى أقرها قسم التشريع بمجلس الدولة حتى إذا وافق عليه تفضل باستصداره.

وزير الأوقاف

القانون ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣

بشأن إنهاء حق الحكر على الأعيان الموقوفة

المادة الأولى — ينتهى حق الحكر المترتب على أعيان موقوفة بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف إذا اقتضت المصلحة ذلك ، وفى هذه الحالة وما لم يحصل اتفاق بين الوزارة والمحتكر على ثمن الأرض المحتكرة تباع العين المحتكرة وفقا للأحكام المقررة للبيع الاختيارى بقانون المرافعات ويختص مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض والمحتكر بباقى الثمن سواء أكانت الأرض مشغولة ببناء أو غراس أم تكن مشغولة بشىء من ذلك .

فإذا وقع نزاع على ثمن الأرض فى الحالة التى تكون فيها الأرض مشغولة ببناء أو غراس فصلت فى هذا النزاع إحدى دوائر محكمة استئناف مصر ويكون حكمها غير قابل لأى طعن .

المادة الثانية . على وزير العدل والأوقاف تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧

بتنظيم استبدال الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر

مادة ١ — تستبدل خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة وذلك على دفعات وبالتدريج وبما يوازى الثلث سنويا وفقا لما يقرره مجلس الأوقاف الأعلى أو الهيئات التى تتولى شئون أوقاف غير المسلمين حسب الأحوال .

مادة ٢ — تتسلم اللجنة العليا للأصلاح الزراعى سنويا الأراضى الزراعية التى يتقرر استبدالها وذلك لتوزيعها وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المشار اليه .

مادة ٣ — (١) تؤدى اللجنة العليا للاصلاح الزراعى لمن له حق النظر على

---

(١) عدلت هذه المادة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠ حيث نصت مادته الأولى على مايلى :

يستبدل بالمادة الثالثة من القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ النص الآتى : « تؤدى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوى قيمة الأراضى الزراعية والمنشآت الثابته وغير الثابته والأشجار المستبدلة مقدرة وفقاً لقانون الاصلاح الزراعى

وتؤدى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى قيمة ما يستهلك من السندات إلى المؤسسة الاقتصادية كما تؤدى فوائد السندات إلى من له حق النظر على الوقف بمقدار ٣٪ سنويا .

ويكون استهلاك تلك السندات خلال ثلاثين سنة على الأكثر ،ونص فى مادته الثانية على أنه يعمل به من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٧٨ لسنه ١٩٥٨ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالاصلاح الزراعى .

الأوقاف سندات تساوى قيمة الأراضى الزراعية والمنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار المستبدلة مقدرة وفقا لقانون الاصلاح الزراعى .

وتؤدى اللجنة العليا للاصلاح الزراعى قيمة ما يستهلك من السنوات إلى المؤسسة الاقتصادية كما تؤدى فوائد السندات إلى من له حق النظر على الوقف .

ويجوز للجنة العليا للاصلاح الزراعى استهلاك السندات فى المذكرة قبل الأجل المنصوص عليه فى قانون الاصلاح الزراعى .

مادة ٤ — (١) تتولى المؤسسة الاقتصادية استغلال قيمة ما يستهلك من السندات فى المشروعات التى تؤدى إلى تنمية الاقتصاد القومى وفقا لأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٧ المشار إليه :

وتؤدى إلى من له حق النظر على الوقف ريعاً يحدد سنويا بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى مجلس إدارة المؤسسة الاقتصادية . بحيث لا يقل عن ٣,٥٪.

مادة ٥ — يتولى من له حق النظر على الوقف صرف ما يتسلمه من فوائد السندات والريع وفقاً لشروط الواقف ومع مراعاة أحكام القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

مادة ٦ — يجوز الاستثناء من أحكام هذا القانون بقرار من رئيس الجمهوريه وذلك فيما لا يجاوز مائتى فدان فى كل حالة على حدة بالنسبة للأراضى الزراعية التى

---

(١) أضيف إلى هذه المادة فقره أخيرة بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٥٨ ونصها « وتضمن الحكومة المؤسسة الاقتصادية فى سداد المبالغ التى تتسلمها وفقا لحكم هذه المادة وفى سداد الحد الأدنى للريع المشار اليه »

يكون النظر عليها لغير وزراة الأوقاف وكذلك يجوز الاستثناء فيما يتعلق بطريقة استغلال المستهلك من قيمة هذه الأراضى .

مادة ٧ — ينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية وتكون له قوة القانون ويعمل به من تاريخ نشره .

قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة

بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨

بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ بتنظيم استبدال الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر فى الاقليم المصرى .

مادة ١ — استثناء من أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ يؤذن لوزارة الأوقاف بإتمام اجراءات استبدال الأطيان الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة التى رسامزاد استبدالها قبل العمل بالقانون المشار إليه .

مادة ٢ — ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسميه ويعمل به فى الإقليم المصرى من تاريخ نشره .

قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة

بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠

ببعض أحكام الوقف فى الإقليم الجنوبى

مادة ١ — يجوز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته — وإذا كان له وقت وفاته ورثة من ذريته وزوجه أو أزواجه أو والديه بطل الوقف فيما زاد على الثلث . وتكون العبرة

بقيمة ثلث مال الواقف عند موته ويدخل فى تقدير ماله الأوقاف الخيرية التى صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافا ليس له حق الرجوع فيها .

ويكون تقدير مال الواقف من اختصاص لجنة شئون الأوقاف المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه وبناء على طلب ورثته ، ويكون قرارها فى ذلك نهائيا ، فاذا قام نزاع بشأن صفة الوارث واستحقاقه كان لكل ذى شان أن يلجأ إلى القضاء للفصل فى النزاع

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات تقديم الطلبات من الورثة المستندات اللازمة .

مادة ٢ تلغى المادة ٢٣ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ويلغى كل نص يخالف حكم هذا القانون .

مادة ٣ — ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به فى الإقليم الجنوبى ولوزير الأوقاف اصدار القرارات اللازمة لتنفيذه .

المذكرة الايضاحية

صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات ونص على إنهاء الأوقاف التى يكون بصرفها على غير جهات البر وتمليك الأعيان التى انتهى فيها الوقف إلى المستحقين كل بقدر نصيبة .

كما صدر القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشان النظر على الأوقاف الخيرية وتعديل مصارفها على جهات البر والقوانين المعدلة له وجعل لوزارة الأوقاف ولاية النظر على الأوقاف الخيرية كما خولها حق تغيير مصارفها وشروط إدارتها

كما صدر القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ بتنظيم استبدال الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العام

وقد لوحظ على أثر صدور هذه القوانين أنه علق باذهان بعض الناس ليس من عدم امكان الوقف على الخيرات ، لذلك كان من الضرورى رفع هـــذا اللبس وتشجيع الراغبين فى الوقف فاعدت الوزارة مشروع القانون المرافق ، ونص فى المادة الاولى منه على أن للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات وأن يشترط لنفسه أن ينتفع بالريع كله أوبعضه مدى حياته فاذا كان له عند موته وارث من ذريته أو زوجه أو أزواجه أووالديه بطل الوقف فيما زاد على الثلث .

وأوضحت هذه المادة الأساس الذى يتبع فى تقدير مال الواقف وجعلت الفصل فى ذلك من اختصاص لجنة شئون الأوقاف المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم وزارة الأوقاف ولائحة إجراءاتها .

ونص فى مادته الثانية على إلغاء المادة ٢٣ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف وكل نص يخالف الأحكام المتقدمة .

ويتشرف وزير الأوقاف بعرض المشروع على السيد رئيس الجمهورية بعد إفراغه فى الصيغة القانونية التى أقرها مجلس الدولة بكتابه رقم ٨٢٥ فى ١٩٥٩/٩/١ .

رجاء الموافقة عليه واصداره ؟

وزير الأوقاف

قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة

بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠

بقسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف

مادة ١ — استثناء من أحكام المادة ٨٣٦ من القانون المدنى والمادة ٤١ من من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ تتولى وزارة الاوقاف بناء على طلب أحد ذوى الشأن قسمة الاعيان متى انتهى فيها الوقف طبقاً للمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ كما تتولى الوزارة فى هذه الحالة فرز حصة الخيرات الشائعة فى تلك الأعيان وتجرى القسمة فى جميع الأنصبة ولو كان الطالب واحداً .

مادة ٢ — تختص باجراء القسمة لجنة أو أكثر يصدر بتشكيلها وبمكان انعقادها قرار من وزير الأوقاف وتؤلف كل لجنة من مستشار مساعد لمجلس الدولة رئيساً يندبه رئيس مجلس الدولة ومن قاض يندبه وزير العدل واثنين من موظفى وزارة الأوقاف أحدهما من إدارة الشئون القانونية وخبير من إدارة الخبراء بوزارة العدل على أن لا تقل درجة الأعضاء الآخرين عن الرابعة .

مادة ٣ — يقدم طلب القسمة إلى اللجنة المشار إليها فى المادة السابقة ويذكر فيه اسم الوقف والأعيان المطلوب قسمتها واسم الحارس على الوقف أو من يتولى إدارة أعيانه وأسماء الشركاء ومحلات اقامتهم ومقدار حصة طالب القسمة ويرفق بالطلب الأوراق المؤيدة له

ويأمر رئيس اللجنه بتحديد جلسة لنظر الطلب أمام اللجنة فى ميعاد لا يجاوز أسبوعين من تاريخ تقديمه كما يأمر بارسال صورة من الطلب وتاريخ الجلسة التى تحددت لنظره إلى الحارس والشركاء بخطاب موصى عليه بعلم الوصول — وبالنسبة للشركاء الغير معلوم لهم محل إقامة يكتفى باعلان ينشر فى احدى الصحف اليومية

قبل الجلسة يذكر فيه اسم الوقف والجلسة التى تحددت لنظر الطلب أمام اللجنة .

ماده ٤ — تختص اللجنة بفحص الطلبات وتحقيق جديتها ويجوز للجنة أن تكلف الحارس على الوقف أو من يتولى إداره أعيانه أن يقدم جميع الإشهادات الصادرة بالوقف والمتضمنة الزيادة فيه والاستبدال منه والأحكام الصادرة فى شأنه وبياناً بأعيان الوقف ومقرها والمنازعات القائمة فيه ومستحقى الوقف ومحل إقامة كل منهم ونصيبه فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ .

وإذا قامت منازعة جدية حول صفة طالب القسمه كمستحق فى الوقف تأمر اللجنة برفض طلبه ويجوز لمن رفض طلبه أن يجدده إذا قدم من الأوراق ما يكفى لتأييد حقه ما دامت القسمة لم تحصل أو أن يرفع دعواه إلى المحكمة المختصة .

وإذا قامت منازعة جدية حول مقدار استحقاق الطالب ورأت اللجنة أن مآل الإجراءات ينتهى إلى بيع أعيان الوقف لعدم إمكان القسمة تمضى اللجنة فى الاجراءات حسبما هو مدون فى هذا القانون أما فى حالة ما إذا كانت أعيان الوقف تقبل القسمة عينا فتقرر اللجنة السير فى إجراءات القسمة ويكون تقدير حصة الطالب على أساس ما تراه اللجنة ظاهراً من الأوراق . وفى كل الأحوال تمضى اللجنة فى إجراءات القسمة إذ كان حق طالب القسمة نفسه خالياً من النزاع وكان النزاع يدور حول حصة غيره من المستحقين وفى هذه الحالة تتبع اللجنة فى شأن قسمة حصص المستحقين المتنازع عليها ما هو مقرر فى الفقرة السابقة وللمتضرر أن يرفع دعوى بحقه إلى المحكمة

مادة ٥ — إذا لم يقدم الحارس على الوقف أو من يتولى إدارة أعيانه فى الموعد الذى تحدده اللجنة المستندات والبيانات المطلوبة تحكم عليه اللجنة بغرامة لا تزيد على مائة جنيه — كما يجوز لها أن تحكم بإقالة الحارس أو المدير وإقامة حارس مؤقت يتولى

إدارة الوقف إلى أن تتم إجراءات القسمة نهائياً ويكون حكمها نافذاً فوراً فى الحالتين . على أنه يجوز للجنة إقالة المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى أعذاراً مقبولة .

ويعاقب بنفس العقوبات المتقدمة من يدلى من الحراس أو المديرين ببيانات غير صحيحة أمام اللجنة وذلك مع عدم الاخلال بأية عقوبة أخرى ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر .

وتنفذ الغرامة بالطريق الإدارى ،

ولكل ذى شأن أن يطلع على الأوراق المقدمة إلى اللجنة وأن يطلب صوراً منها مطابقة للأصل بعد سداد الرسوم التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الأوقاف بحيث لا تجاوز خمسين قرشاً عن كل ورقة ،

مادة ٦ — المعول عليه عند إجراء القسمة فى صفة المستحق ونصيبه فى الاستحقاق ماجرى عليه عمل الوزارة أو الحراس أو المديرين فيما تحت يدهم من أعيان ومع مراعاة حكم المادة الثالثة من المرسوم رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وما لم يكن قد صدر حكم نهائى فى الاستحقاق ،

ومع عدم الاخلال بما نص عليه فى هذا القانون تتبع لجان القسمة أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية كما تراعى الأحكام المقررة فى شأن القسمة فى القانون المدنى والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ،

وتكون اللجان المبينة فى هذا القانون هى المختصة بالفصل فى جميع المنازعات التى هى من اختصاص المحاكم وفقاً لأحكام القوانين المتقدمة .

مادة ٧ — تندب اللجنة من تراه لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان يقبل على خبير بعينه القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته وذلك ما لم يتفق الخصوم

وفى الحالة التى لا تقبل فيها أعيان الوقف أو بعضها القسمة بغير ضرر أو يتعذر قسمتها بسبب ضآلة الأنصباء تبيع اللجنة هذه الأعيان بالمزاد العلنى طبقا للقرار الذى يصدر من وزير الأوقاف فى هذا الشأن كما يكون للجنة فى حالة إجراء البيع وتخلف المشترى عن الوفاء بالثمن سلطة إلزامه بفرق الثمن إن وجد ولا حق له فى الزيادة بل تكون من حقوق الشركاء ويكون هذ القرار نهائيا ويوزع الثمن بين ذوى الشأن كل بقدر نصيبه.

فإن كانت العقارات المطلوب قسمتها عبارة عن منشآت مقامة على أرض محكرة ووافقت وزارة الأوقاف على إنها الحكر بيعت الأرض بما عليها من منشآت ويوزع الثمن بين كل من الوقف مالك الرقبة وأصحاب المنشآت طبقا لأحكام المادة الثانية من القانون رقم ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤ ويجب فى هذه الحالة تقدير ثمن المنشآت والأرض كل على حده ليجرى البيع على أساسه فاذا زاد أو نقص الثمن الراسى به المزاد للعقار جميعه عن هذا التقدير وزع الفرق بين المنشآت والأرض بنسبة الثمن الأساسى الذى قدر لكل منهما .

فاذا نازع أصحاب المنشآت فى ملكية الأرض أودع ثمنها خزانة وزاره الاوقاف حتى يفصل فى النزاع قضائيا وفى حالة عدم إنهاء الحكر يتبع فى شأن قسمة العقارات المقامة على الأرض المحكرة حكم الفقره الثانية .

مادة ٨ — تباشر اللجان أعمالها بعد إعلان ذوى الشأن بخطاب موصى عليه . أو بطريق النشر فى إحدى الصحف اليومية لما هو مقرر فى المادة الثالثة من هذا القانون .

مادة ٩ — إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم يتوافر فيه الأهلية

تحيل لجنة القسمة لأوراق بعد الأنتهاء من تقويم المال وقسمته إلى حصص إلى لجنة الاعتراضات للتصديق على ماتم من إجراءات .

مادة ١٠ — تشكل لجنة أو أكثر تسمى « لجنة الاعتراضات » ويصدر بتشكيلها قرار من وزير الأوقاف من مستشار بمحكمة استئناف القاهرة يندبه وزير العدل تكون له الرئاسة ومستشار مساعد من مجلس الدولة يندبه رئيس المجلس ومن خبير من وزارة العدل واثنين من موظفى وزارة الأوقاف على الاقل درجتهم جميعا عن الدرجة الأولى .

وتختص لجنة الاعتراضات بالنظر فيما يقدمه أصحاب الشأن من أوجه الاعتراض على الحكم الصادر من لجنة القسمة سواء أكان ذلك يتعلق بتقدير أنصبة المستحقين أوتقويم أعيان الوقف أو غير ذلك كما تختص بالتصديق على الاجراءات إذا كان بين الشركاء غائب أو عديم الأهلية طبقا للمادة السابقة .

ولايجوز رفع الاعتراض إلا بعد انتهاء اللجنة المشار إليها فى المادة ٢ من عملها .

مادة ١١ — ترفع الاعتراضات على حكم لجنة التقسيم من كل خصم فى الدعوى وذلك خلال أسبوعين من تاريخ إخطارهم بالقرارات بخطاب موصى عليه بعلم وصول أو بالنشر فى إحدى الصحف اليومية طبقا لما هو مقرر فى المادة الثالثة ويكون رفع الاعتراض بعريضة تقدم للوزارة مقابل ايصال بالاستلام أو بارسالها بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول .

مادة ١٢ — تعتبر القرارات النهائية للجان القسمة بمثابة أحكام مقرره للقسمة بين اصحاب الشأن وتشهر فى مصلحة الشهر العقارى والتوفيق بناء على طلب وزاره الاوقاف أو أحد ذوى الشأن وتعلن لذوى الشأن طبقا لما هو مبين فى الماده الثالثة .

ويكون لكل من المتقاسمين أن ينفذ على نصيبه فى الأعيان التى قسمت تحت يد أى من الحراس او المديرين أو الشركاء استيفاء لحقه .

وللوزارة أن ترجع على كل مستحق بما يخصه من رسوم الشهر .

مادة ١٣ — لكل طرف فى إجراءات القسمة أن يطعن فى القرارات النهائية الصادرة من لجان القسمة إذا كان القرار مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله أو إذا وقع بطلان فى القرار أو بطلان فى الإجراءات أثر فى القرار .

ويرفع الطعن إلى محكمة الاستئناف بعريضة فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلان القرار بخطاب موصى عليه بعلم الوصول أو بالنشر عنه فى إحدى الصحف اليومية ، ولا يترتب على رفع الطعن وقف تنفيذ حكم القسمة .

ويكون الحكم الصادر من محكمة الاستئناف نهائياً غير قابل للطعن أمام أية جهة قضائية .

مادة ١٤ — لكل ذى شأن لم يختصم فى إجراءات القسمة أن يرفع دعوى محقة امام المحكمة المختصة ولا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ حكم القسمة إلى أن يصدر حكم بمخالفة من المحكمة المختصة .

ويسرى حكم هذه المادة على من لم يعلن من الخصوم أمام اللجنة بسبب عدم معرفة محل إقامته .

مادة ١٥ — يجوز لكل ذى شأن ولوزارة الأوقاف اشهار طلب القسمة بعد اعلانه طبقاً لما هو مبين فى المادة الثالثة من هذا القانون وطبقاً للاجراءات المقررة فى شأن شهر صحيفة دعوى الملكية ويكون له نفس الآثار القانونية التى تترتب على اشهار صحيفة دعوى الملكية .

وإذا بيع العقار لعدم إمكان قسمته أودع خزانة الوزارة جزء من الثمن يعادل القدر محل النزاع حتى يفصل نهائياً ويوزع الباقي بحسب الأنصبة .

مادة ١٦ — تستحق وزارة الأوقاف نظير قيامها بهذه الأجراءات رسما قدره ٣ ٪ من قيمة الأعيان المقسومة أو المبيعة وتقدر هذه القيمة وفقاً لما هو مقرر فى المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق المعدلة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٥٧ مع مراعاة حكم الفقرة العاشرة من المادة ٧٥ المذكرة ويقسم هذا الرسم على المقتسمين كل بحسب حصته ويعتبر الرسم المذكور شاملا لجميع ما يتحمله الخصوم فى دعوى القسمة بما فيها أتعاب الخبراء ماعدا رسوم استخراج المستندات والشهادات التى تلزم للفصل فى الدعوى .

مادة ١٧ — يكون للرسوم المنصوص عليها فى المادة ١٢ والمادة ١٦ امتياز على نصيب كل متقاسم بقدر المطلوب منه ويكون هذا الامتياز فى مرتبة الامتياز المقرر للمصروفات القضائية المنصوص عليها فى المادة ١١٣٨ من القانون المدنى

وعلى كل من يشترى عقاراً أو أى حق آخر من الحقوق العينية موضوع القسمة بمقتضى هذا القانون ولم يكن قد مضى على القرار النهائى بالقسمة عشر سنوات أن يتثبت قبل التعاقد من الوفاء بالرسوم المطلوبة لوزاره الأوقاف .

وعلى الوزارة أن تعطى كل ذى شأن بناء على طلبه شهادة بالرسم المستحق وذلك خلال مدة لا تجاوز أسبوعين ، ويحظر على الموظفين العموميين القيام باجراءات التوثيق أو التسجيل أو القيد فيما يتعلق بأى بيع أو تصرف موضوعه أعيان أو حقوق تمت قسمتها بمقتضى هذا القانون قبل التثبت من سداد الرسوم المستحقة للوزارة .

ويجوز لوزارة الأوقاف تحصيل هذه الرسوم طبقاً لأحكام القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ فى شأن الحجز الإدارى .

مادة ١٨ — تستمر المحاكم فى نظر دعاوى القسمة المنظورة أمامها ما لم يطلب أحد الخصوم فى الدعوى إحالتها إلى لجنة القسمة بالوزارة وعلى المحكمة فى هذه الحالة أن تحيل الدعوى بحالتها للسير فيها وفقا لأحكام هذا القانون على أن تراعى اللجان التى تحال إليها الدعوى ما يكون قد صدر فيها من أحكام قطعية نهائية .

وذلك كله ما لم تكن الاجراءات قد تمت أمام المحكمة وتهيأت الدعوى لصدور الحكم فيها وفقاً لما هو مقرر فى المادة ٨٣٩ من القانون المدنى .

أما الدعاوى المنظورة وقت العمل بهذا القانون أمام لجان فحص الطلبات ولجان القسمة ولجنة الاعتراضات فتحال إلى لجان القسمة ولجنة الاعتراضات المنصوص عليها فى هذا القانون للسير فيها وفقاً لأحكامه وذلك ما لم يكن الدعاوى قد قفل فيها باب المرافعة .

مادة ١٩ — يلغى القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ المشار اليه .

مادة ٢٠ — ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به فى الاقليم الجنوبى

قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة

بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٠

فى شأن تسليم الاعيان التى انتهى فيها الوقف

مادة ١ — تسلم إلى ذوى الشان خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون الاعيان التى انتهى فيها الوقف طبقاً لاحكام القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ والمشمولة بحراسة وزارة الاوقاف متى قاموا بسداد الحقوق المترتبة للوزارة على هذه الاعيان بسبب الحراسة وذلك بعد أخطارهم بخطابات موصى عليها بعلم الوصول . فإذا مضت

هذه المدة دون أن يتقدم ذوو الشأن أو وكلاؤهم لتسلمها وابقاء الحقوق المترتبة للوزارة قامت وزارة الاوقاف ببيعها بالمزاد العلنى وفقاً للأجراءات التى يصدر بها قرار من وزير الاوقاف ويوزع باقى الثمن بين أصحاب الشأن كل بقدر نصيبه ،

مادة ٢ — تستحق وزارة الاوقاف نظير قيامها باجراءات البيع رسما قدره ٢./ من ثمن الاعيان المبيعة ويخصم هذا الرسم من الثمن دون حاجه إلى اتخاذ أى اجراء ،

مادة ٣ — ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به فى الاقليم الجنوبى

الفهرس

الباب الثالث فى حكم الوصية ومبطلاتها

الباب الثانى فى الشروط

الباب الثالث فى أحكام الوقف

الباب الرابع فى انتهاء الوقف

ملحق بالقوانين التى صدرت بشأن الأوقاف

من ص ٤٧١ إلى ص ٥٢٢

تصويبات

ص	س	خطأ	صواب
٣١	٥	على رضا	على رضاه
—	٧	فهذ إذا	فإذا
٣٢	١٥	المزو دين	المزورين
٣٤	٣	سنة ١٢٤٧	سنة ١٩٤٧
	٩	ملاحظة	ملاحظ
	١٢	ماهو أعم	بل ماهو أعم
	—	المثبتة	المثبتة لها
٣٥	٤هامش	سنة ١٩١١ إذا	سنة ١٩١١ إلا إذا
	١٧هامش	بعد أن يثبت	بعد أن يثبت
٣٨	٩	فإذا تعذر انتفعت	فإذا تعذر انتفت
٤٢	٩	ويتى حق	ويتى حق
٤٤	١٥	تفرض له وضايا	تفرض لهوصيا
٤٥	٤هامش	فى مادته ٢٨، ٢٩	فى مادتى ٢٨، ٢٩
٥١	٩	يقومون مقامهم	يقوم مقامهم
٥٦	٧	كان فيهمن مصلحة	كان فيه مصلحة
٦٢	١٣	تصرف مضافا	تصرف مضاف
٦٣	١	المذاهب المحجوزة	المذاهب المجوزة
٦٤	١٦	رشد الوصى	رشد الموصى
٦٥	٥	فى الوصى	فى الموصى
٦٨	٦	غير الموجودة	الموجودة.
٧١	١٢	فى الوصى	الموصى
٧٢	١٢	وفاة الدين	وفاء الدين.
—	٢٠	حق الدائنون	حق الدائنين
٧٣	١هامش	ونصها	ونصهما

ص	س	خطأ	صواب
٨٧	٥	قائماً إتمه	فانما إتمه
—	١هامش	فى نيل الأوطار	كما فى نيل الأوطار
٩٦	٦	بعد أن تصح	بعد تصح
—	٨	بينهم إذا	بينهم فيما إذا
٩٧	٥	هذا الوضع	هذا الموضع
٩٨	١	لأن الوصية إما	لأن الوصية للمعدوم إما
١٠٠	٢	وليس للموصى	وليس للموصى له
	٩	لاتنتقل بسبب	لاتنتقل إلا بسبب
١٠٣	٧	ويقع اليأس مع	ويقع اليأس من
١٠٤	٧	بالمادة(١)	بالمادة(١) ٣٥
—	٢هامش	ولد حياة	ولد حيا حياة
	٧ »	الحامل من وقت	الحامل وقت
١٠٨	٩	فشرط أن يوجد	فشرط أن يولد
١٠٩	٥	عينه المستهلك	عينه المملك
١١١	١٤	وإذا أراد	وإذا أوصى
١١٣	٩	ومشروط فى اقترانها	ومشروط باقترانها
١١٥	١٥	للموصى المختار	للوصى المختار
١٢٠	١٠	بعد رؤوسهم	بعدد رؤوسهم
—	٧هامش	أولا لايجزئه	أو لايجزئه
١٢٢	٤	وافق عليها	وافق فيها
١٢٣	١٥	لمن يرد الوصية	لمن لم يرد الوصية
١٣١	يزاد بعد سطر ١١		وإذا وقعت بما زاد على الثلث فللفقهاء رأيان
—	١٢	ورأي آخر يقول	رأى يقول

ص	س	خطأ	صواب
—	١٣	نهى سعد	نهى سعداً
١٤١	٣	تقع وقت	تقع فى وقت
—	١٣	أولا لأنها	أو لأنها
	١٤	كاترى فقهاء المالكية	كما يرى فقهاء المالكية
١٥٤	١٤	نصيب الورثة	نصيب أحد الورثه
١٥٥	١١	الصورة الثانية	الصورة الثالثة
—	١٥	أحدهما	احداهما
١٥٨	٧	وقدرت الثانية من كل التركة	وقدرت الثانية من التركه
١٦٢	١١	إذا كان البقاء	إذا كان الباقى
١٦٧	٦،٥	فان لم من الغائب	فان لم يحضر من الغائب شىء
—	٩	لو أوصى	كما لو أوصى
١٦٨	٢	أو شابه	أو ما شابه
—	١٣	أوديونا على لم	أوديونا لم
١٧٠	١٩	أما كان	أما إذا كان
١٧٥	٦	والصفاف	والصفصاف
١٧٦	٦	وهو المواد	وهى المواد
—	١٣	فتؤول الفرصة	فتؤول الوصيه
١٨٨	٥	أولا بسبب خارج	أولا بسبب من جهته أو بسبب خارج
—	٧	وقام الرقبة	وقام صاحب الرقبة
٢٠٦	٨	فإذا كانت	فإذا زاد كانت
٢١٥	١٥	والذى يظهر	والذى يظهر لى
٢١٨	١٢	توزيع المرتب بدون	توزيع المرتب وبعد ذلك يبحث له عن عين تخصص للتنفيذ بحيث تفى غلتها بكل المرتب بدون

ص	س	خطأ	صواب
٢٢٠	١ هامش	أو الغلة أو موبدة	او الغلة مطلقة أو مؤبدة
٢٢٦	٣	لكلامن الطرفين	لكلا للطرفين
—	٩	إلى النوع	إلى أنواع
٢٢٨	١٠	غير المسلم باطلة	غير المسلم للمساجد باطلة
٢٢٩	٣ هامش	ويجمع الميراث	ويجمع الوارث
٢٣٢	٣	فيما سنبين	كما سنبين
٢٣٣	٧ هامش	فهى قبيل	فهى من قبيل
٢٣٧	٤ هامش	وتكنى	وتكون
٢٤١	١	ولا تجب	ولايجب
٢٤٥	٤	لاتحتاج قبول	لاتحتاج إلى قبول
٢٥٨	١٢	الفقة الحديث	الفقة والحديث
٢٦٢	٦	ويوجد	ولم يوجد
—	٨	عشر مواضع	عشر مواد
٢٦٥	٨	هذا الوضع	هذا الموضع
٢٦٦	٤	ثبوت الموصى	ثبوت ملك الموصى
٢٨٣	١٣	حدوث التركة	حدود ثلث التركة

وهناك بعض أخطاء أخرى لاتخفى على القارىء غير أننا ننبه على أنه سقط سطر كامل من صفحة ٤١٩ مكانه وسط السطر الثامن من تلك الصفحه ونصه

« نظامها فى مدة وجيزة من الزمن اكثر من مرة فقبل صدور قانون الوقف كان لها »

مطبعة دار التأليف
٨ شارع يعقوب بالمالية بمصر تليفون ٢١٨٢٥


Bibliotheca Alexandrina
0358147